نظرية الضرورة فى القانون الدستورى

وبعض تطبيقاتها المعاصرة

«دراســة مقارنــة»

دكتـــور

يحيـــى الجمـــل

الطبعة الرابعة

معدلة ومنقحة

٢٠٠٥

الناشر

دار النهضة العربية

٣٢ ش عبد الخالق ثروت - القاهرة

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ فَمنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلاَ إِثْمَ عَلَيْهِ ﴾

صدق الله العظيم

مقدمة الطبعة الثانية

كتبت هذه الدراسة منذ عشرين عاما فى وقت لم يكن قد مضى على صدور دستور ١٩٧١ أكثر من عامين ولم يكن الفقه المصرى قد بدأ دراسة متعمقة للدستور ومواده المختلفة وكانت هذه الدراسة لبعض مواد دستور ١٩٧١ نوعا من الاقتحام لموضوع شائك وفى نفس الوقت جديد كل الجدة على الفقه العربى فى مصر .

ولكن الفقه المصرى - وكذلك أثناء - استقبال هذه الدراسة الجديدة استقبالا طيبا ، وأثار الموضوع جدلاً غير قليل وكتبت بالقرب منه أو حوله بعض رسائل الدكتوراه ، إليه إلى جوار ذلك بعض الدراسات الفقهية.

وبطبيعة الحال فإن الدراسات التى اعقبت هذه المحاولة الأولى لم تكن كلها متفقة معها وإنما التقت معها فى أمور واختلفت معها فى أمور أخرى . كذلك فقد اعتنى القضاء الدستورى والقضاء الإدارى بهذه الدراسة وأشارت إليها بعض الأحكام الهامة وحدثنى كثير من الزملاء الفضلاء من رجال القضاء حول ضرورة إعادة كتابة هذه الدراسة على نحو يتابع ما حدث من تطور سواء فى الفقه أو فى الواقع خلال هذه العشرين عاما التى انقضت .

والحقيقة أن التطورات التى حدثت حول موضوع هذه الدراسة بالغة العمق مما يجعل إعادة كتابتها على نحو يتابع هذه التطورات أمرا محتوما . وعندما كتبت هذه الدراسة كررت كثيراً رغبتى وأملى فى أن لا تلجئنا ظروفنا إلى تطبيق المادة ٧٤ من الدستور التى تدور حولها الدراسة . وجاءت الرياح بما لا تشتهى السفن ، ذلك أن المادة جرى تطبيقها مرتين :

مرة عام ١٩٧٧ ومرة أخرى عام ١٩٨١ . وهذان التطبيقان لابد وأن يكونا محلا للدراسة والبحث والتعليق .

وفي المرة الثانية التي حرى فيها تطبيق المادة ٧٤ من دستور سبتمبر سنة ١٩٧١ صدرت عدة أحكام قضائية تناولت المادة وشروط تطبيقها وتعرضت تعرضاً حادا لنظرية الضرورة ، وهذه الأحكام بدورها لابد من دراستها دراسة خاصة .

ومن ناحية أخرى وكما قدمت فقد الفت الفقه إلى الموضوع وصدرت فيه عدة مؤلفات قيمة يبدو من الضرورى الرجوع إليها لإثراء هذه الدراسة وإعادة كتابتها .

وإذا كان القسم الأول الذى يعالج الأصول النظرية لموضوع "الضرورة" لم يطرأ عليه كثير من التغيير فالذى لا شك فيه أن الجزء من الدراسة التى يتعلق بجمهورية مصر العربية تتعين إعادة صياغته على نحو يوشك أن يكون كاملا ومن هنا كانت ضرورة إعادة معالجة الموضوع على نحو يلبى ما حدث من تطور كبير وهو الأمر الذى أرجو أن أوفق إليه بإذن الله .

وسنقسم الدراسة على ضوء ذلك أقساما ثلاثة :

القسم الأول : عن موقف الفقه من نظرية الضرورة .

القسم الثانى : عن موقف التشريع من النظرية .

القسم الثالث : نعالج موقف القضاء .

وستكون الدراسة مقارنة فى كل هذه الأقسام .

المؤلف

مقدمـــة

لا تســير حياة الأمم على وتيرة واحدة وإنما تتخلل تلك الحياة بين وقت وآخر فترات أزمان قد تشتد حتى لتهدد كيان الأمة واستمرار وجودها تهديدا خطيرا .

ورغــم أن هذه الظاهرة – ظاهرة الأزمات الخطيرة التى تهدد كيان الأمــم – هى ظاهرة قديمة ، إلا أن القرن العشرين الذى وقعت ابانه حربان عالميــتان طاحنتان ، وحدثت فيه – إلى حد كبير – تصفية عصر الاستعمار القديــم ومولد العديد من الدول الجديدة التى لم تستقر أمور حياتها ولا نظم الحكــم فــيها بعد ، ظروف هذا القرن أدت من غير شك إلى ازدياد ظاهرة الأزمــات وانتشــارها فى دول العالم القديمة وفى دوله الحديثة على سواء حــتى لقد اصبح من المبرر أن نتساءل عن فترات الاستقرار فى حياة الدول أكثر من تساؤلنا عن فترات الأزمات .

«انــنا نعيش فى عالم الأزمات والقلق» هذه هى العبارة التى نوشك أن نسمعها فى كل وقت وفى كل مكان .

وإذا كــان الــنظام القانونى العادى قد وضع ليحكم حياة الدول فى أوضــاعها الطبيعية العادية فإن هذا النظام قد يعجز فى فترات الأزمات عن تقديــم الحمايــة اللازمــة لاســتمرار الأمة واستقرارها ، لذلك فقد وجدت «نظرية الضرورة» لتواجه تلك الحالات الشاذة فى حياة الدول.

إلا أن نظــرية الضــرورة رغــم ذلك لم تكن دائما محل قبول – فى نطــاق الفقــه الدســتورى – من كل المدارس الفقهية ولا من كل الأنظمة القضائية ، كذلك فقد اختلفت الدساتير الوضعية من موقفها حول نظرية الضرورة.

وإذا كانـت نظـرية الضـرورة قد حظيت بغير قليل من العناية فى فـروع القـانون المختلفة فإن جانبا كبيرا من الفقه الدستورى لم يقبل هذه النظرية بارتياح لأسباب كثيرة سنعرض لها فى حينها .

ولكن الواقع أقوى من النظر ، وقد فرضت «حالة الضرورة»نفسها علـى حياة الدول مما لم يعد الأمر معها أمر ترحاب أو غير ترحاب ، وإنما أصبح الأمر أمر واقع لا بد من مواجهته ودراسته .

واسـتجابة لذلـك الواقع فقد عبرت نظرية الضرورة عن نفسها فى كثـير مـن النصـوص الدستورية فى بلاد شتى من بلاد العالم ، ولكن هذا التعبـير أخـذ أوضح صورة لـه فى نص المادة السادسة عشر من دستور أكتوبر ١٩٥٨ فى فرنسا . كذلك فإن المادة ٧٤ من دستور جمهورية مصر العربـية الصـادر فـى سـبتمبر ١٩٧١ جاءت بدورها تعبيرا عن نظرية الضرورة ومحاولة دستورية لتقنينها .

ولعل هذا النص (م٧٤) وأصله التاريخى المتمثل فى المادة السادسة عشـر مـن الدستور الفرنسى القائم هى الدافع المباشر لهذه الدراسة عن «نظـرية الضـرورة فى القانون الدستورى وبعض تطبيقاتها المعاصرة». والحقيقة أن وجود نص المادة ٧٤ فى دستورنا الحالى لا يجعل من دراستنا لـنظرية الضـرورة نوعا من الترف الفقهى ولكن يجعل هذه الدراسة أمرا لازمـا لابد من القيام به . والواقع أن المادة (٧٤) وأن كانت أبعد تطبيقات نظـرية الضـرورة مـن حيث مداها فى دستورنا فإنها ليست – كما سنرى التطبيق الوحيد لتلك النظرية.

ويكفـى أن نعـرف أن المادة ١٦ من الدستور الفرنسى قد أثارت موجـة ضخمة من الدراسات فى الفقه الدستورى المعاصر حتى أنها كانت

عـنوانا لرسـالة من رسائل الدكتوراه فى القانون غير العديد من الأبحاث والمقـالات الـتى سـترد الإشارة إليها فى هذه الدراسة التى نقدمها للفقه الدسـتورى العـربى . وذلـك فـى الوقت الذى لم تحظ فيه المادة ٧٤ من دستورنا – فيما نعلم – بتعليق فقهى خاص واحد حتى الآن .

وفـى هـذه الدراسة سنبدأ أولا بالدراسة الفقهية لنظرية الضرورة حيـث نحـاول بداءة تحديد مفهوم حالة الضرورة بصفة عامة ثم فى نطاق القـانون الدسـتورى بصـفة خاصة . ثم بعد ذلك نعرض لموقف المدارس المختلفة فى الفقه الدستورى من هذه النظرية .

فـإذا انتهيـنا مـن تلك الدراسة الفقهية انتقلنا إلى دراسة موقف القضـاء فى البلاد المختلفة من تلك النظرية وبذلك ينتهى القسم الأول من هـذا البحـث . أمـا القسم الثانى فإننا نخصصه – للجانب التطبيقى وذلك بدراسـة موقف الدساتير المختلفة من حالة الضرورة مبرزين بصفة خاصة موقف دستور أكتوبر ١٩٥٨ فى فرنسا ، ودستور جمهورية مصر العربية الصادر فى سبتمبر ١٩٧١ .

وبذلك نصل إلى نهاية البحث وخاتمته .

القسم الأول

الأصول الفقهية لنظرية الضرورة

الباب الأول

الدراسة الفقهية لنظرية الضرورة

الفصل الأول

«نظرية الضرورة» نظرية قانونية عامة

المبحث الأول

المفهوم العام للضرورة

توشك فروع القانون كلها أن تعرف نظرية الضرورة حتى أنه ليمكن القول مع بعض الفقهاء أن الضرورة أصبحت من النظريات العامة للقانون وإذا كانت القواعد القانونية التى تحمى الحق فى الحياة -- وهى القواعد القانونية الجنائية – هى أقدم ما عرفت البشرية فقد كان القانون الجنائى بدوره هو أول فروع القانون التى عرفت نظرية الضرورة وتحدث عنها فقهاؤه وإذا كانت هذه النظرية قد ظهرت أول ما ظهرت فى فقه القانون الجنائى فإن ظهورها لم يتأخر كثيراً فى فقه القانون الخاص بل وفى القانون الدولى العام .

وعلى ذلك فقد يكون من المنطقى أن نبدأ قبل دراستنا لنظرية الضرورة فى القانون الدستورى بمحاولة للتعرف على المفهوم العام لنظرية الضرورة فى الفروع المختلفة الفقه القانونى لنرى ما إذا كان ذلك المفهوم العام يتوافق مع مفهومها فى فقه القانون الدستورى .

وإذا كانت نظرية الضرورة قد بدأت – كما سبق وأن قلنا فى إطار

القـــانون الجـــنائى فقـــد يحسن أن نعرض لمفهوم الضرورة فى ذلك الفرع بـــداءة . والقواعـــد الجنائية بما تنظمه من جرائم وعقوبات هى من أسبق القواعد القانونية إلى الوجود لأنها من أمس القواعد القانونية - إن لم تكن أمسها بالحياة نفسها .

وإذا كان مسلما أن القانون الجنائى قديم جداً فى صورته البدائية - بطبيعة الحال - فإن حالة الضرورة قديمة قدم القانون الجنائى[١].

ويـــبدو ذلـــك مفهومـــا ومنطقيا من أن الحق فى الحياة هو أسبق الحقـــوق جمـــيعا إلى حماية القانون ومن أن هذا الحق عندما يتهدده خطر جسيم لا تستطيع القواعد القانونية درؤه فإن صاحب الحق نفسه له- بغض الـــنظر عـــن الحكم القانونى - أن يتخذ الوسيلة اللازمة لدرء ذلك الخطر . وهـــذا هـــو جوهـــر نظـــرية الضرورة كما ظهر فى البداية . وإذا صح أن التطبـــيقات الأولى لنظرية الضرورية قد بدأت فى إطار القانون الجنائى فإن تلـــك النظرية لم يتأخر ظهورها طويلا فى فقه القانون المدنى[٢] ولا فى فقه القانون الدولى العام[٣].

والـــذى يتضح من دراسة جوهر فكرة الضرورة فى الفقه القانونى بصـــفة عامة أن حالة الضرورة تقوم - حين تقوم - على ركنين : أحدهما

---

(١) محمـــود نجيـــب حسنى : شرح قانون العقوبات - القسم العام - القاهرة ١٩٧٣، ص٥٨٤ هـــامش "٢" (لاحـــظ فى الأصل خطأ مطبعياً إذ ورد ذكر الهامش برقم "١" وحقيقته رقم "٢" .

(2) Savatier : L'état de necessité et la responsibilité civil extra-contractuelle, «Melanges â la memoie de H. Capitant», Dalloz. Paris, 1939,p. 729 et s.

(3) P. de Visscher : Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité, R.G.D.I.P. 1917 .

موضوعى والآخر شخصى .

أمـــا الركن الموضوعى فإنه يتمثل فى وجود فعل أو مجموعة أفعال تشـــكل خطـــرا يتهدد مصلحة جوهرية معتبرة قانونا وبحيث لا يكون لإرادة صـــاحب المصـــلحة المهددة دخل فى وقوع هذا الفعل أو تلك الأفعال . ومن الطبـــيعى أن المصلحة الجوهرية التى يهددها ذلك الخطر تختلف من نطاق إلى نطاق آخر .

فهـــى حـــق الحـــياة فـــى القانون الجنائى ، وهى الحقوق المالية الأساسية فى القانون المدنى ، وهى سلامة الدولة فى القانون الدولى العام، وهكـــذا يخـــتلف الموضوع الذى يحيق به ويتهدده وفقا لموضوع القانون نفســـه والغـــرض من وجوده والمصالح الأساسية التى وجد ذلك الفرع من فروع القانون لحمايتها .

ولكـــن المهـــم على أى حال أن يوجد خطر جسيم يتهدد حقا قانونيا وأن لا يرتبط ذلك الخطر بإرادة صاحب الحق الواقع عليه التهديد .

أمـــا الركـــن الشخصى فإنه يتمثل فى رد الفعل إزاء الفعل السابق الإشـــارة إلـــيه فـــى الركن الأول . أن صاحب الحق الذى يحيق به الخطر ويـــتهدده يجد نفسه فى وضع يتعين معه أن يخرق القانون لكى يحمى ذلك الحـــق . أو أن يهـــدر ذلـــك الحق – إذا ارتأى -- لكى يحافظ على النص . وصـــاحب الحـــق فـــى رد فعله يقوم بعملية موازنة بين أى الأمرين أولى بالـــرعاية : مصلحته المهددة بالخطر أو النص القانونى المهدد بالمخالفة . وهـــذا الركن الشخصى على هذا النحو يبين أن الشخص فى حالة الضرورة يكـــون أمـــام نوع من الاختيار ؛ حقا هو اختيار قاس ولكنه اختيار على أى

حال[١].

وفـــى التعبير عن ضرورة وجود هذين الركنين لقيام حالة الضرورة تختلف تعبيرات الفقهاء من حيث مبناها وتقترب من حيث معناها .

ففـــى نطـــاق القانون الجنائى – مثلا – يقول الفقهاء تفترض حالة الضرورة «خطرا يتهدد من يتعرض له وفعلا يرتكب تحت تأثير التهديد به ، وثمـــة شـــروط يتعين أن تتوافر فى الخطر ، وشروط يتعين أن تتوافر فى الفعل الذى يرتكب تحت تأثير التهديد به ..»[٢] .

وفى نطاق القانون المدنى يقال أن الضرورة تقوم إذا وجد الشخص فـــى وضـــع يكون فيه الحل الوحيد لتفادى ضرر أكبر أو مساو هو ارتكاب ضرر أقل أو مساو[٣]:

«la situation de celui à qui il apparait clairement que le seul moyn d'éviter un mal plus grand ou égal est de causer un mal moins grand ou égal»

فالضـــرر الأكـــبر أو المساوى الواقع على الشخص هو الذى يمثل الركـــن الموضـــوعى ، وارتكـــاب ضرر أقل أو مساو هو الذى يمثل الركن الشخصى .

وفـــى نطـــاق القانون الدولى العام يقال أن حالة الضرورة توجد إذا قـــدرت الدولة أنها لن تستطيع حماية مصالحها الجوهرية إلا بالاعتداء على

---

(1) Genviéve Camus : L'Etat De Necessité En Democratie, Paris 1965, p. 15 et s.

(٢) محمود نجيب حسنى : المرجع السابق ص٥٨٧ (التخطيط من عندى).

(3) Savatier : Precité, P. 729 .

وانظر عبد الرازق السنهورى الوسيط جا١ القاهرة ١٩٥٢ ص٧٦٢ -٧٩٤ .

حقوق دولة أخرى[١]:

«L'étet de necessite se presente donc quand un Eat estime ne pouvoir sauvegarder ses intérets essentials que par une violations des droit d'un autre Etat» .

وهنا أيضا نجد أن عدم مقدرة الدولة على حماية مصالحها الشخصية الذى لابد وأن يكون نتيجة خطر معين يهدد هذه المصالح هو الذى يمثل الركن الموضوعى كما أن تحرك الدولة للاعتداء على حقوق الدولة الأخرى هو الذى يمثل الركن الشخصى ، هذا مع ضرورة التنبيه إلى أن نظرية الضرورة فى نطاق فقه القانون الدولى العام تواجه معارضة من جانب الغالبية من الفقهاء – عدا الفقهاء الألمان الذين اضطروا إلى اللجوء لنظرية الضرورة لتبرير تصرفات السلطات الألمانية فى العدوان على بعض الدول المجاورة متذرعين بأن ذلك العدوان كان «ضروريا» لحماية سلامة ألمانيا .

وهكذا فإنه لابد – حتى تقوم حالة الضرورة من فعل يمثل خطرا يتهدد مصلحة جوهرية يحميها القانون ، ثم من رد فعل فى مواجهة ذلك الفعل لحماية المصلحة الجوهرية المهددة التى لا تستطيع النصوص القانونية العادية حمايتها . ويتحدث الفقهاء – فى فروع القانون المختلفة – عن شروط لا بد من توافرها فى الفعل الذى يشكل الخطر الذى يهدد المصلحة المشروعة . وعن شروط فى رد الفعل الذى يقصد به حماية تلك المصلحة التى قصر التنظيم القانونى عن حمايتها نتيجة وجود الخطر الخارجى .

---

(1) P. de Visscher : Precité, P. 95 .

ولما كان بحثنا يتجه أساسا إلى دراسة نظرية الضرورة فى القانون الدستورى فإننا لن نبحث هذه الشروط إلا ونحن نبحث الضرورة فى نطاق القانون الدستورى ، ذلك أن بحثنا لهذه الشروط فى غير هذا النطاق سيجل هذا البحث يتجاوز حدوده الطبيعية إلى ميادين لا نحسن الخوض فيها ولم نشأ التعرض لها إلا على نحو سريع وبقصد إظهار أمرين اثنين :

أولا : أن نظرية الضرورة هى نظرية عامة فى فقه القانون .

ثانيا : أن جوهر هذه النظرية واحد فى الأساس .

ولكن سؤالا هاما يثور هنا ، هل تعنى الضرورة الانفلات الكامل من مبدأ المشروعية ؟

هل يعنى القول أننا فى حالة الضرورة أن النظام القانونى ينتهى وأن رد الفعل ضد التهديد المكون للضرورة ينطلق من كل عقال ؟

الراجح عند الغالبية من الفقهاء ان قيام حالة الضرورة لا يؤدى إلى انهيار البنيان القانونى كله من قواعده ومن ثم إلى انهيار مبدأ المشروعية، وان أدى إلى وجود نوع من المشروعية الاستثنائية التى تؤدى إلى توسع دائرة المشروعية ، ولعل هذا هو ما دعى الفقه الإسلامى الذى يقر الضرورة أن يقول أن الضرورة تقدر بقدرها وأن ما وجد لضرورة يزول بزوالها . وهكذا فإن مبدأ المشروعية فى الدولة القانونية لا تعطله حالة الضرورة وان آثرت عليه وجعلته أقل إحكاما وأكثر مرونة مما يمكن الجهة التى توجد فى حالة من حالات الضرورة من أن تتصرف على نحو لا يعرض وجودها للتلف . ومن هنا أمكن للقضاء أن يراقب مدى توافر حالة الضرورة ومدى ما تسمح به من اتساع فى نطاق مبدأ المشروعية .

المبحث الثانى

المفهوم الدستورى للضرورة

عرضـــنا لمفهـــوم "الضــرورة" فى القانون الجنائى ومفهومها فى القانون المدنى . كما عرضنا أيضاً لذلك المفهوم فى القانون الدولى العام . كل ذلك على نحو موجز . والذى قصدناه من هذا العرض هو أن نوضح أن نظرية الضرورة من النظريات العامة فى الفقه القانونى والتى نصادفها فى ســائر فــروع القــانون . وكون نظرية الضرورة من النظريات العامة فى القــانون يــبدو أمرا منطقيا وطبيعيا ذلك أن الحياة كما قدمنا لا تسير على وتــيرة واحــدة وإنما فيها اليسر وفيها العسر ، فيها الرخاء وفيها الأزمة كذلــك فــإن العلاقات الإنسانية ليست كلها سوية وإنما تكتنف هذه العلاقات أحــياناً عواصف وأعاصير تجعل أعمال القواعد القانونية العادية غير مجد ولا كــاف لمواجهة تلك العواصف . ومن ثم كان لابد لفقه القانون بعامه أن يعرف نظريات مثل نظرية حق الدفاع الشرعى فى نطاق القانون الجنائى أو نظــرية الظروف الاستثنائية فى نطاق القانون الإدارى والتى يقارب البعض – أو حــتى يخلــط – بينها وبين نظرية الضرورة فى القانون الدستورى . وان كنا نميل إلى إبقاء نظرية الظروف الاستثنائية فى إطار القانون الإدارى ونرى أن نطاق نظرية الضرورة يتصل بالقانون الدستورى .

والحقــيقة أن «شيشيرون» قد عبر عن الهدف الأساسى من إقامة نظــرية الضرورة فى نطاق القانون الدستورى عندما قال عبارته الشهيرة : «salus populi summa lex esto» والــتى تعــنى أن «سلامة الشعب فــوق القانون» – وإذا كانت هذه العبارة العامة هى ما يستهدفه فى نهاية

الأمـــر الفقهـــاء من القول بنظرية الضرورة فى نطاق القانون الدستورى ، فـــإن العبارة نفسها لا تعطينا توضيحا علميا للمقصود بنظرية الضرورة فى نطاق هذا القانون .

وعلـــى ضوء المفهوم العام للنظرية – الذى عرضنا له فى المبحث السابق – نستطيع أن نصل إلى مفهومها فى نطاق القانون الدستورى .

ونســـتطيع أن نقـــول بصفة مبدئية أن حالة الضرورة – فى نطاق القـــانون الدستورى – توجد كلما وجدت الدولة فى وضع لا تستطيع فيه أن تواجـــه أخطـــارا معينة سواء كان مصدرها داخليا أو خارجيا إلا بالتضحية بالاعتـــبارات الدستورية التى لا يمكن – أو يفترض أنه لا يمكن – تجاوزها فى الأوضاع العادية .

ولكن توضيح المفهوم يقتضى بالضرورة تحديد الحقوق والمصالح الجوهـــرية التى يحميها القانون الدستورى . والقانون الدستورى هو الذى يحـــدد شـــكل السلطات العامة فى الدولة وكيف تقوم وما هى اختصاصاتها وكـــيف تمـــارس هـــذه الاختصاصات ، وعلاقة السلطات ببعضها وعلاقتها بالأفـــراد وما تثيره تلك العلاقة مما يتعلق بالحريات – والواجبات والحقوق العامة للمواطنين .

وللقـــول بوجـــود حالة الضرورة ، فإنه لا بد من وجود خطر يتهدد حقـــا دســـتوريا جوهـــريا ، ونقـــول حقـــا ونقصد المعنى الواسع للكلمة ، فالاختصاص الدستورى لجهاز من أجهزة الدولة أو سلطة من سلطانها هو حـــق مـــن حقوق هذا الجهاز أو تلك السلطة ، كذلك فإن استمرار مؤسسة دســـتورية معيـــنة يمـــاثل تماما الحق فى الحياة بالنسبة لهذه المؤسسة ، وتهديد استمرار الوجود أو تهديد حق لسلطة أو جهاز أو مؤسسة دستورية

- مثل ذلك التهديد يمثل الخطوة الأولى للقول بقيام الركن الموضوعى من ركنى نظرية حالة الضرورة .

لابد إذن من وجود خطر يهدد «موضوعا» دستوريا . وهذا «الموضوع الدستورى» قد يكون سلطة من سلطات الدولة وقد يكون مؤسسة من مؤسساتها الدستورية وقد يكون التنظيم القانونى للحقوق والحريات على النحو الذى صاغه دستور الدولة .

وهذا الخطر يتعين أن يكون خطراً جسيما وأن يكون خطرا حالا .

ذلك أن الأخطار العادية تواجهها التنظيمات العادية ولا يمكن أن تخلو حياة الدول من أخطار ، وما وجدت أجهزة القمع إلا من أجل مواجهة تلك الأخطار العادية فى حدود التنظيم القانونى العادى .

الأخطار العادية ليست هى الأخطار المؤدية إلى تحريك حالة الضرورة ، ولكن الخطر يجب أن يكون جسيما . ولكن ما هو معيار الجسامة ؟

لا يوجد مقياس مادى تقاس به جسامة الخطر المؤدى لحالة الضرورة ، ولكن ذلك الخطر يجب أن يخرج عن حدود المعتاد الذى يحدث بين وقت وآخر ، إن ذلك الخطر يجب أن يكون ذا طبيعة استثنائية حتى يمكن أن يقال إنه خطر جسيم ذلك أن الخطر المعتاد المتوقع يمكن أن يحسب حسابه ويمكن أن يواجه بالطرق العادية وبالأنظمة القانونية العادية. وعلى ذلك نستطيع أن نقول أن الخطر الجسيم هو خطر غير متوقع وغير ممكن دفعه والتغلب عليه بمراعاة الأنظمة القانونية العادية ، كذلك فإن هذا الخطر - فى إطار القانون الدستورى - يتعين أن يكون مهددا «لموضوع

دستورى» جوهرى . ولعل بعض الأمثلة هنا توضح المعنى أكثر من الشروح . فهياج الأهالى فى بلد من البلاد ضد مجلس القرية واحتلال مبنى هذا المجلس يمثل واقعة خطيرة ولكنه من نوع الأخطار التى يمكن أن يتغلب عليها بالوسائل القانونية العادية ، ولكن قيام عصيان مسلح ووصول القائمين عليه إلى الاستيلاء على مبنى البرلمان ومنعه من الانعقاد هو من نوع الخطر الجسيم غير المتوقع والذى لا يمكن دفعه- فى الغالب – مع المحافظة على الأنظمة القانونية العادية .

الموضوع الذى يلحقه التهديد من ناحية . ومدى الخطر نفسه من ناحية أخرى هما اللذان يحددان جسامة الخطر ، يجب أن يكون الموضوع المهدد – جهازا أو مؤسسة أو سلطة أو حقا – موضوع دستوريا وأن يكون التهديد من الجسامة بحيث لا يمكن مواجهته فى إطار الأوضاع الدستورية العادية .

والخطر الجسيم قد يكون خارجيا فى صورة إعلان حرب أو شروع فى غزو أو تهديد جدى خطير بوشك وقوع ذلك . وقد يكون الخطر داخليا فى صورة عصيان مسلح لدى قطاع واسع من قطاعات الشعب أو إضراب عام يشل مرافق الحياة العامة أو أزمة اقتصادية تهز الحياة الاقتصادية هزا عنيفا وتوشك أن تحدث كوارث اجتماعية أو وباء كاسحا أو طوفانا لا تجدى فى دفعه الوسائل العادية أو كارثة من كوارث الطبيعة يتعدى نطاقها الحدود العادية . هذه كلها أمثلة للخطر الجسيم .

وإذا كان ذلك هو الخطر الجسيم – فيما نذهب إليه – فما هو الخطر الحال ؟

لا يمكن أن يكون الخطر حالا إذا كان خطرا متوهما لم يتحقق بعد .

ولا يمكـــن أن يكـــون الخطر حالا إذا كان من الممكن التنبؤ به قبل وقوعه بفترة طويلة بحيث يجرى الأعداد لمواجهته . كذلك فإن الخطر لا يكون حالا إذا كان قد وقع بالفعل وانتهى أمره وأحدث أثره .

ولكـــن الخطر يكون حالا إذا كان على وشك الوقوع على نحو مؤكد أو أن يكـــون قد بدأ فعلا ولكنه لم ينته بعد . وذلك أن انتهاء الخطر بمعنى وقوع الفعل نفسه وانتهائه – فى إطار القانون الدستورى – لابد وأن ينتهى بتغيـــير التنظيم الدستورى نفسه مما لا يعود معه مجال للقول بوجود خطر أو إثارة لنظرية الضرورة أو ما إلى ذلك – سيكون هناك واقع جديد له حكم جديـــد . ولذلك فإن الخطر الذى يثير – نظرية الضرورة – يتعين أن يكون جســـيما وأن يكون حالا ولكنه لم يكتمل بعد ولم يصل إلى مداه الذى يقصد إليه أصحابه .

لابـــد إذن وأن يكـــون الخطـــر جسيما وحالا على ذلك النحو الذى عرضـــناه . ولكـــن من الذى يناط به تقدير أن الخطر هو فعلا خطر جسيم وحال مما يؤدى إلى اللجوء إلى نظرية الضرورة ؟

ذلـــك يصل بنا إلى بحث الركن الثانى من أركان قيام حالة الضرورة فى إطار القانون الدستورى .

إذا كان ما سبق يمثل الفعل فإن الركن الثانى يمثل رد الفعل .

عـــندما يـــتحقق الخطر الجسيم الحال الذى يهدد تهديدا فعليا وجود الدولة أو سلطة من سلطاتها أو مؤسسة من مؤسساتها الدستورية فإن ذلك الفعـــل لابد وأن يحدث نوعا من رد الفعل ، فمن الذى يقوم بذلك ثم ما هى الحدود التى يستطيع أن يذهب إليها فى رد فعله ؟

الــذى يقوم بذلك لابد وأن يكون جهازا من الأجهزة الدستورية فى الدولة أو بعبارة أخرى سلطة من سلطاتها أو مؤسسة من مؤسساتها . وقد يحــدد الدستور نفسه الجهاز الدستورى الذى يوكل إليه رد الفعل عند قيام الضــرورة – كمــا فعلت المادة ١٦ من الدستور الفرنسى والمادة ٧٤ من دســتورنا عندما أوكلت ذلك إلى رئيس الجمهورية – وقد لا يحدد الدستور ذلــك الجهــاز ، وعندئذ يقوم برد الفعل إما الجهاز أو السلطة أو المؤسسة موضــوع الاعتداء إذا كان قادرا أو جهاز دستورى آخر من أجهزة الدولة تكــون لديــه المقــدرة ، علــى التحرك لرد الخطر الداهم ودفعه دون تقيد بالأطــراف والأوضاع الدستورية العادية التى لم توضع أصلا لمواجهة مثل هذه الحالة .

وجهــاز الدولــة الذى يتحرك لردّ الخطر ودفعه سيجد نفسه مطالبا بالتضــحية بأخذ أمرين : أما سلامة الدولة أو بعض مؤسساتها الدستورية وأما النصوص الدستورية – وهنا يدخل عنصر الاختيار وعنصر تقدير مدى الضــرر الــذى ســيتحقق نتيجة خيار معين ، ذلك ان التضحية بالنصوص الدســتورية هــى ضرر مؤكد ولا أحد يعرف مداه ، كذلك ومن ناحية أخرى فــإن ســلامة الدولة وسلامة مؤسساتها هى إحدى الغايات الأساسية التى يستهدفها الدستور . والمقارنة بين الضررين ثم التصرف بعد ذلك هى التى تمثل الركن الإرادى أو الشخصى . والذى يملك تقدير جسامة الخطر وكونه حــالا مــن عدمــه هــو الذى يملك اتخاذ القرار بإعلان حالة الضرورة أو التصــرف بمقتضاها ، ولا يمكن تصور أن يكون تقدير ذلك بيد جهاز آخر ، ذلك أن الخطر الجسيم الحال يقتضى سرعة التصرف ، وقد يكون الأمر أمر ساعات ، وهذا الوضع لا يتصور معه أن يوجد جهاز دستورى لتقدير مدى

جســامة الخطر وكونه حالا من ناحية ، وتقدير مدى رد الفعل ولزومه من ناحــية أخــرى ثــم إبلاغ ذلك كله إلى الجهاز الذى سيتصرف على ضوء الضــرورة ومقتضــياتها ، مثل هذا التنظيم إذا أمكن اللجوء إليه فإنه يعنى بذاتــه أن حالة الضرورة ليست قائمة أو أنها ليست قائمة على النحو الذى يقتضى الخروج على الدستور.

ولكــن ذلك القول لا يعنى أن المؤسسة أو الجهاز الذى سيتولى رد الفعــل فى مواجهة الخطر الجسيم الحال الذى أدى إلي قيام حالة الضرورة ســيكون فى منأى من كل رقابة ، وذلك أن نوعا من الرقابة لابد وأن يقوم وقد تكون تلك الرقابة سياسية فى صورة الرقابة البرلمانية إذا كان البرلمان فى وضع يسمح له بتلك الرقابة – سواء فى الحال أو الاستقبال . وأيا كان القــول فى إمكان أو عدم إمكان ومناسبة أو عدم مناسبة الرقابة البرلمانية علــى تصرفات السلطة التى يناط بها دفع الخطر فإن الرقابة القضائية تبقى دائما ممكنة ، بل ودائما واجبة وتبقى بمثابة الضمان الحقيقى ضد التعسف والإنحــراف بالسلطة إلى أغراض غير دفع الخطر الداهم الذى يهدد سلامة الدولة أو مؤسساتها الدستورية .

ولا شــبهة أنه يتضح مما تقدم أن السلطة التنفيذية هى المنوط بها اتخــاذ الإجراءات اللازمة للحفاظ على كيان الدولة وهكذا نستطيع أن نقرر أن أحــد المفاهــيم والنــتائج اللازمــة لنظرية الضرورة هو إعادة توزيع الاختصاصــات الدســتورية لصالح السلطة التنفيذية بحسبانها السلطة التى تملك وسائل دفع الخطر الذى يهدد كيان الدولة .

وقــبل أن نــبدأ فــى عرضنا لآراء هؤلاء وهؤلاء نحب أن نوضح قضــية أساسية ومبدئية ، تلك هى أن نظرية الضرورة لا تثار فقهيا وعمليا

إلا فــى نطاق أنظمة الدول القانونية أى الدول التى تخضع السلطات جميعا فــيها لحكــم القانون ، ذلك أنه فى الدولة البوليسية حيث لا تخضع السلطة للقانون يصبح البحث حول نظرية الضرورة بحثا لا مبرر له ولا معنى، ذلك أنــه لا يوجد عائق يعوق السلطة أن تفعل ما تراه دون أن تبرر ذلك بحالة الضــرورة أو بغيرها ذلك أنها لا تكون فى حاجة إلى مثل هذا التبرير . أما فى الدولة القانونية فإن الظروف التى تبرر الخروج على القواعد القانونية وبالذات القواعد الدستورية – هذه الظروف لابد وأن تستند إلى مبرر قوى، هــذا المــبرر هو الذى يتمثل فى نظرية الضرورة تلك التى قدمنا مفهومها العام والتى نبدأ الآن فى عرض الجدل الفقهى الذى أثير حولها .

ومــن هــنا جاز لنا أن نقول مع الكثرة من فقهاء القانون العام أن نظــرية الضــرورة – مع التسليم بخطورتها على النظام القانونى – إلا أنها تــبقى فى النهاية فى إطار مبدأ المشروعية ولا تصل إلى حد هدم المبدأ من أساســه . أنها توسع نطاق المشروعية وتجعله أكثر مرونة وأكثر استجابة للضرورة ولكنها لا تؤدى فى الدولة القانونية أبدأ إلى هدم مبدأ المشروعية من أساسه .

هــذا هو – بصفة عامة – المفهوم الدستورى لحالة الضرورة ولا شــك أن هذا المفهوم سيتضح أكثر عندما نعرض لآراء الفقهاء المعارضين لنظرية الضرورة فى إطار القانون الدستورى والفقهاء المؤيدين .

الفصل الثانى

مواقف الفقهاء من نظرية الضرورة

تمهيــــد :

بعــد أن قدمنا ذلك المفهوم العام لنظرية الضرورة بصفة عامة من ناحــية ، وفى القانون الدستورى من ناحية أخرى فإننا نعرض هنا لدراسة تفصليه – إلى حد ما – لمواقف فقهاء القانون الدستورى من هذه النظرية.

ولــم يتخذ كل هؤلاء موقفا واحدا بطبيعة الحال ، ذلك أن منهم من رفض النظرية قاطعا ، ومنهم من قبلها ولكن ليس باعتبارها نظرية قانونية وإنمــا باعتــبارها نظــرية واقعية أو سياسية ، ومنهم من قبلها باعتبارها نظرية قانونية .

ونعــالج كــل موقف من هذه المواقف الثلاثة فى مبحث خاص ، ثم بعــد ذلــك وفــى مبحثين أخيرين نعرض لموقف الفقه الإسلامى ثم لموقف الفقه العربى المعاصر من نظرية الضرورة .

المبحث الأول

الرافضون لنظرية الضرورة

يوشــك الفقــه الإنجلو سكسونى أن يكون فى جملته رافضا لنظرية الضــرورة ، ولــن نحاول هنا أن نتتبع كل الفقهاء الرافضين للنظرية ذلك لأنهم كثيرون من ناحية ، ولأن آراءهم وحججهم متشابهة من ناحية أخرى بحيث أن إيراد بعضها يغنى عن البعض الآخر .

والفقهاء الإنجليز لا تجذبهم كثيرا الاعتبارات النظرية والفلسفية وإنما يعنيهم الواقع وما يستفاد منه من دروس ، ومن أهم الدروس التى تستفاد من التطور الدستورى البريطانى أنه خلال القرون الطويلة فإن الصراع بين الملك – السلطة التنفيذية – والبرلمان كان صراعا يتجه بصفة عامة نحو تأكيد سلطة البرلمان ، وأن هذا التأكيد لسلطة البرلمان كان يعنى لديهم مزيدا من الديموقراطية . وكل محاولة للإنقاص من سلطة البرلمان لتقوية السلطة التنفيذية فإنها لابد وأن تكون محاولة غير ديموقراطية وأن تكون أيضا محاولة عكس اتجاه التطور الدستورى البريطانى .

وإذا كانت المناداة بنظرية الضرورة تستهدف جمع مزيد من السلطة – فى تلك الظروف الاستثنائية – فى يد السلطة التنفيذية لمواجهة تلك الظروف فإن الفقه الإنجليزى لا يرى فى هذا الوضع غير عدوان على البرلمان ومن ثم عدوان على الديموقراطية .

أن قاعدة الشرعية أو ما يطلق عليه عندهم عبارة **Rule of law** وهى التى تقابل عندنا عبارة «سيادة القانون» هى قاعدة مطلقة لا استثناء لها ولا خروج عليها سواء فى ذلك الأوقات العادية وأوقات الأزمات بغير خلاف بينها من حيث المبدأ .

وهذه القاعدة هى وليدة تطور دستورى طويل فى المملكة المتحدة ذلك أن الأمر لم يكن دائما على هذا النحو وإنما جاء وقت كان «التاج» يستطيع بما له من امتيازات **prerogatives** أن يصدر فى أوقات الأزمات أوامر لها نطاق التشريع وقوته ، وكان هذا الامتياز يستند إلى قرار أصدره البرلمان فى عهد هنرى الثامن عام ١٥٣٩ ، وهذا القرار

يعــرف Statute of Proclamations[١]. وقــد أدى هذا القرار بعد ذلك إلــى كثــير مــن النقد وأدى التطور الدستورى فى بريطانيا إلى إلغائه فعلا بقــرار أخــر من البرلمان فى عهد ادوارد السابع فى أول هذا القرن . ولا يعنى إلغاء The Statute of Proclamations أوائل هذا القرن فقط أن «الــتاج» كان يستند إليه منذ عام ١٥٣٩ وحتى نهاية القرن التاسع عشر فــى إصدار لوائح الضرورة ذلك أن فكرة امتيازات التاج Prerogatives of the Crown نفسها كانت تضمر يوما بعد يوم وكان ضمورها يتناسب تناســب عكسيا مع سلطة البرلمان التى تتزايد يوما بعد يوم وبتزايدها تتأكد قــاعدة سيادة القانون Rule of low على نحو لا يسمح للسلطة التنفيذية – فــى أى ظــرف – أن تتصــرف تصرفا خارجا على هذه القاعدة إلا بعد موافقــة الــبرلمان أى اســتنادا إلى قانون . ولما كان الدستور البريطانى دســتورا مــرنا وكــان الــبرلمان بقاعدة قانونية عادية يملك تعديل قاعدة دســتورية سابقة فإن البرلمان يستطيع فى أوقات الأزمات أن يعطى السلطة التنفــيذية من السلطات ما يراه ضروريا حتى وإن جاوز فى ذلك بكثير مدى الســلطات التى تتمتع بها الحكومة فى الأوقات العادية . وهذه القوانين هى مــا تعرف باسم Emergency Acts وهى التى تقابل فى العرف اللاتينى قوانيــن الســلطة الكاملة lois de pleins pouroirs وقد أصدر البرلمان الــبريطانى هذه القوانين فى مناسبات عديدة تتعلق كلها بأوقات الأزمات ؛ من ذلك مثلا فى الحرب العالمية الأولى Defence of the Realm Acts 1914- 1915 وفــى الحــرب العالمــية الثانية Emergency Powers (Defence Acts) 1939- 1940 . كذلــك وفــى غــير أوقات الحروب –

---

(1) J.F. Gatner : Administrative :aw, London 1967, P. 58.

ولكـــن فى أوقات أزمات خطيرة - أصدر البرلمان البريطانى قرارات مماثلة مـــن ذلك مثلا قراره فى عام ١٩٦٦ الخاص بالتصريح للحكومة باستدعاء قـــوات الاحتـــياط لمواجهة موجة عنيفة من الإضرابات آنذاك . وقد لجأت حكومة المحافظين الحالية إلى البرلمان ثمان مرات خلال عام ١٩٧٢ تطلب فيه سلطات استثنائية لمواجهة موجة الإضرابات بين عمال الكهرباء وعمال المناجم التى انتشرت فى ذلك العام(١).

ومـــع أن الواضح من ذلك كله أن الحكومة لا تستطيع أن تتصرف فـــى أوقات الأزمات إلا بناء على إذن سابق من البرلمان يعطيها فيه سلطة التصـــرف وإصـــدار اللوائح - أو التشريعات القانونية - اللازمة لمواجهة الأزمـــة - مـــع ذلـــك كلـــه فإن البرلمان يعمد أحيانا إلى أن ينص فى إذنه بتشـــريعات الضـــرورة هـــذه على أن تعرض هذه التشريعات على مجلسى البرلمان فى أسرع وقت ممكن وأنها تفقد قوتها التشريعية إذا عرضت على الـــبرلمان ولـــم يصـــدق علـــيها كلا المجلسين خلال سبعة أيام من تاريخ عرضها(٢).

وهكـــذا يظـــل صـــحيحا ومعـــبرا عن الاتجاه الفقهى العام ما قاله Lord Camden فى أحد القضايا :

«It is important to notice that no act of the Crown can be brought within the Prerogative merely on the ground that it is justified by public necessity. The Common Law does not understand that Kind of reasoning» .

---

(1) S.A. de Smith : Constitutional and Administrative Law 2ed 1973, P. 521 .
(2) S.A. de Smith : op. cit., P. 521 .

وهكذا فإن الفقه الإنجليزى – شأنه فى ذلك شأن القضاء كما سنرى – يرفض التسليم بأن تكون الضرورة فى ذاتها ودون تدخل من البرلمان سببا لتعديل فى النظام القانونى القائم .

هذا ومن المعروف ان الحكومة البريطانية لجأت إلى استعمال هذه الرخصة الاستثنائية فى حرب الفوكلاند سنة ١٩٨٢ وذلك بدعوتها السفن التجارية للإسهام فى المجهود الحربى .

وإذا كان هذا هو الحال فى المملكة المتحدة فإنه لا يفترق عنه كثيراً فى الولايات المتحدة الأمريكية . ذلك أ الغالبية من الفقهاء الأمريكيين يرفضون الاعتداد بما يسمى نظرية الضرورة باعتبارها بذاتها مصدرا للتحلل من قواعد المشروعية العادية ويذهبون إلى أنه من الناحية العملية فان تفويض الكونجرس للرئيس فى بعض الاختصاصات والتى لا تقتصر على مواجهة أزمة بعينها يمكن أن يؤدى إلى حل عملى تواجه به السلطة التنفيذية المخاطر غير العادية التى تهدد الدولة فى أوقات الأزمات .

وعلى أى حال فإنه من المعروف أن الفقهاء الأنجلوسكسون على خلاف الفقهاء اللاتين والفرنسيين منهم بصفة خاصة لا يهتمون كثيراً بالتفصيلات النظرية ويتجهون مباشرة إلى المواجهة العملية للمشاكل . وقد استقر العمل فى تلك البلاد على مواجهة حالات الضرورة والأزمات عن طريق التفويض التشريعى كلما كان ذلك ممكنا .

المبحث الثانى

الضرورة نظرية واقعية وليست نظرية قانونية

رأينا أن الفقه الأنجلوسكسونى يرفض رفضا كاملا الاعتداد بنظرية الضـــرورة فـــى حد ذاتها أو ترتيب آثار عليها ورأوا أن الحل العملى الذى يناســـب طبـــيعة الـــتطور فى تلك البلاد هو اللجوء إلى البرلمان فى أوقات الأزمـــات لكى يعطى الحكومة سلطات استثنائية تواجهه بها تلك الظروف . وإذا كانت الأوضاع الدستورية فى بريطانيا يملك التشريع بغير قيد حتى أنه يملك دستور نفسه بنفس الأغلبية التى يملك بها تعديل القوانين العادية وإذا كانـــت ســـلطات رئيس الجمهورية فى الولايات المتحدة من الاتساع بحيث تســـتطيع أن تواجـــه بعـــض الأزمات وكان من حق الكونجرس أن يفوض الرئـــيس عندما تعجز سلطاته عن مواجهة الأزمة – لما كان ذلك فإن الفقه فى تلك البلاد لم ير مبررا للاستثناء إلى نظرية الضرورة لمواجهة الأزمات.

وإذا انتقلنا إلى القارة الأوربية فإننا سنجد فقه القانون العام ينقسم إلـــى أقلـــية تقترب من الفقهاء الأنجلوسكسون وأغلبية ترى غير ذلك على نحو ما سنرى .

والحقيقة أن الحرب العالمية الأولى كانت هى البداية التى فى الفقـــه الفرنســـى وقد بدأ ذلك الفقه وجلاً حذراً من قبول الضرورة وترتيب آثـــار قانونية عليها واتجه بعضهم إلى معالجة الموضوع على نحو ماعولج بـــه فـــى المملكـــة المتحدة وفى الولايات المتحدة الأمريكية أى عن طريق التفويض التشريعى .

وهكـــذا نرى أن عددا غير قليل من أعلام الفقه الدستورى الفرنسى

يـــرفض أن يرى الضرورة أساساً يبرر الخروج على القواعد القانونية وفى هـــذا يـــتقى مـــع الفقه الأنجلوسكسونى ، ولكن هؤلاء الفقهاء الفرنسيون يذهـــبون مـــن ناحـــية أخرى إلى أن الواقع لا يمكن أن يجرد من كل قيمة واقعية وان تجرد من القيمة القانونية . أنهم يرفضون أن يبنوا على أساس الضرورة نظرية قانونية ولكنهم يقبلون أن يبنوا على اساسها نظرية واقعية أو سياسية .

ومـــن أعـــلام الفقـــه الفرنســـى الذين يذهبون هذا المذهب اسمان Esmein وبارتملى ودويز Barthélemy وكاريه دى مالبرج carré de malberg ونعرض لآرائهم على النحو الآتى :

موقف اسمـــان Esmein :

كـــان المدخـــل الـــذى قاد اسمان – كما قاد الكثيرين غيره – لبحث نظـــرية الضـــرورة فى القانون الدستورى هو تلك اللوائح التى أطلق عليها لوائح الضرورة regiments de necessité والتى لجأت إليها الحكومات بكـــثرة أبان الحرب العالمية الأولى . وقد بدأ اسمان بتقدير موقف المحكمة العلـــيا فى الولايات المتحدة حيث قررت منذ عام ١٨٦٦ أن الدستور يبقى قائمـــا ونـــافذا وقت الحرب ووقت السلم على حد سواء ، وأن التنظيم الذى وضـــعه الدستور للسلطات العامة لا يجوز الخروج عليه بحجة أن ذلك أمر اقتضته ضرورات الحرب وظروفها الاستثنائية .

وعلـــى عكـــس هـــذا الموقف – الذى يقبله اسمان – فإنه يرفض الموقـــف الـــذى انحـــاز إلـــيه جانب كبير من الفقه وانحازت إليه المحكمة الفيدرالـــية العلـــيا فـــى سويســـرا والـــذى يعتـــبره اســـمان موقفـــا غير

دســتورى[١]. فما هو ذلك الموقف السويسرى الذى يرفضه اسمان ويعتبره غير دستورى ؟

عــندما قامت الحرب العالمية الأولى فإن الجمعية الاتحادية أصدرت قانونــا فى ٣ أغسطس ١٩١٤ أعطت بمقتضاه للمجلس التنفيذى الفيدرالى ســلطات غــير محدودة pouvoir illimité لاتخاذ كل الإجراءات الضرورية لسلامة البلاد والمحافظة على حيادها وحماية مصالحها الاقتصادية .

وعلــى أســاس هذا القانون الذى أعطى للمجلس التنفيذى سلطات كاملة فإن هذا المجلس أصدر قرارات تخالف القوانين القائمة وأنشأ ضرائب وفــرض عقوبــات بــل أنــه مارس اختصاصات ما كانت تملكها الجمعية الفيدرالية نفسها القائمة على سلطة التشريع مما يعد خروجا على الدستور نفسه .

ولا يتردد اسمان فى أن يطلق على هذا الوضع وصف «الديكتاتورية الاســتبدادية» ويــرفض كــل محاولة لتبريره دستوريا على أساس نظرية الضرورة . وإذا كانت الجمعية الفيدرالية لا تملك تعديل الدستور فكيف تمنح غيرها اختصاصات تصل إلى هذا المدى . أن هذه الإجراءات لا يمكن قبولها فى نظر اسمان على أى أساس قانونى . والسند الوحيد لقبولها هو المذهب القــائل أن الضرورة لا قانون لها necessité n'a pas de loi وأن الدولة لها الحق فى الوجود . ولكن هذا التعليل يخرجنا من دائرة القانون الوضعى ومن دائرة الشرعية ويدخلنا فى دائرة الوقائع فحسب[٢].

---

(1) A. Esmien : Elements de Droit Constituional Français et Comparé 7ed. «Revue par Henry Nézard» T. II. 1921, P. 92 et s.

(٢) اسمان : المرجع السابق ص٩٤ .

وينـــتقل بعـــد ذلك اسمان إلى مناقشة الوضع في فرنسا ويرى أن الأمـــور فـــيها لم تصل إلى مثل ما وصلت إليه في سويسرا ، ويرد على ما ذهـــب إلـــيه دوجي – وسنعرض لـــه بعد قليل -- من تبرير قانوني لنظرية الضـــرورة ويرى أن مثل ذلك التبرير تحكمي ولا سند له من القانون ويصر على موقفه الذي تعكسه هذه العبارة[1].

«la nécessité ne crée pas le droit et ne remplace pas la lot»

ولكـــن ذلك الموقف القانوني الصلب لم يذهب بالفقيه الفرنسي إلى حـــد إغفال الواقع إغفالا كاملا ، ولكنه يلتفت إلى ذلك الواقع ويعطيه حكمه ولكـــنه لا يعطيه ذلك الحكم على أساس من القانون ، أن الواقع هو التبرير الوحيد للواقع ، وأن اسمان ينفي أنه يذهب إلى حد القول بالتضحية بالدولة لحساب الشرعية .

«Nous ne disons pas que "Perisse le pouvoir plutot qu'un pricipe" et que la patrie doive étre sacrifiée à la legalité».

أنه لا يذهب إلى هذا الحد ، وأنه لا ينكر على الحكومة أن تتخذ من القـــرارات غـــير القانونية – **illegaux** – ما تراه ضروريا للمحافظة على وجود الدولة ، بل أنه يرى أن اتخاذ مثل القرارات لا يقع في حدود الممكن فقـــط ولكنه يقع في حدود الواجب أيضا **«il a le devoir de le daire»** ولكـــن الحكومة عندما تتخذ هذه القرارات غير الشرعية – الواجبة – تثير فـــي نفـــس الوقت مسئوليتها الجنائية التي لا يعفيها منها إلا إصدار قانون

---

(١) المرجع السابق ص ٩٧ .

بالتضمينات[١]. bill of indemnity

هــذا هــو موقف اسمان من نظرية الضرورة ، لا يرى فيها نظرية قانونــية يجــوز الاســتناد إليها للخروج على أحكام الدستور عندما يتهدد الدولــة خطــر داهم لا يكون لــه دفع بغير هذا الخروج ، ولكنه مع ذلك لا يذهب إلى حد القول بالتضحية بسلامة الدولة من أجل المحافظة على بعض النصــوص بل ويدعو إلى المحافظة على سلامة الدولة ويراها واجباً ولكنه يبرر ذلك بحكم الواقع لا بحكم القانون المستمد من نظرية الضرورة .

موقف بارتلمي ودويز :

يعالج هذان الفقهيان نظرية الضرورة باعتبارها قيدا من القيود التي تــرد على مبدأ سمو الدستور أو علو الدستور على حد التعبير الذى يفضله الدكتور عبد الحميد متولى[٢].

والقــيدان الأساســيان اللــذان يــردان على هذا المبدأ هما لصالح الحاكمين يتمثل فى نظرية الضرورة وقيد لصالح المحكومين يتمثل فى حق الشعوب فى مقاومة القهر la resistance à l'opression [٣].

وفــى دراستهما لنظرية الضرورة نفسها يرى الفقيهان التفرقة بين قــيام الضرورة من أجل سلامة الدولة نفسها ، وقيام الضرورة داخل الدولة لصالح أحد أجهزة الدولة .

---

(١) اسمان : المرجع السابق ص١٠١ .

(٢) عــبد الحمــيد مــتولى : الوســيط فى القانون الدستورى - سبقت الإشارة إليه - ص٢٩٥ هامش رقم ١ .

(3) J. Barthélemy Et P.Duez : Traité de Droit Conatituionnel, Paris, Dalloz 1933, P. 240 et s.

«l. theorie de la necessité pour l'Etat, au profit de l'Etat. 2. theorie de la necessité dans l'Etat au profit de certains organs constitutio- nnels...»

والصورة الأولى من صورتى الضرورة هى التى تتحلل فيها الدولة مــن التزاماتها القانونية فى مواجهة الأفراد أو مواجهة غيرها من الدول - وهـــذه الصورة هى أخطر الصورتين وهى التى ترجع فى أصلها إلى المبدأ الـــرومانى الشـــهير Salus Populi suppremalex - هذا المبدأ الذى بنيت على أساسه النظرية الألمانية فى الضرورة والتى سنعرض لها فيما بعد :

ويـــرفض بارتلمى ودويز هذه الصورة من صور الضرورة ويؤكدان اصرارهما على السمو المطلق للقاعدة القانونية :

«En definitive, il nya pas de droit de necessité au profit de l'Etat qui puisse le dispenaer de l'observation de ses obligations nationals et internationals.»[١]

أمـــا الصورة الثانية من صور الضرورة فإنها تتصل بقضية توزيع الاختصاصـــات الدستورية على أجهزة الدولة المختلفة بواسطة دستورها . ونظرية الضرورة من هذه الناحية تؤدى إلى تعديل فى توزيع الاختصاصات الدســـتورية داخـــل الدولـــة لصالح أحد أجهزتها الذى يكون - عملا - هو الجهاز التنفيذى أو بعبارة أخرى الحكومة .

والـــذى يلاحظ أنه فى فترات الأزمات الخطيرة يحدث خرق للتوازن الـــذى يقـــيمه الدســـتور بين السلطات لصالح السلطة التنفيذية التى تتزايد ســـلطاتها بشـــكل واضـــح فى هذه الفترات ، ذلك أن الأزمات تثير مشاكل خطـــيرة ومفاجئة بالنسبة لحياة الأمة تقتضى حلولا عاجله وفورية . ومثل

---

(1) Barthélemy et Duez : op. cit., P. 241 .

هـــذه الحلول الفورية قد لا تحتمل تدخل البرلمان وإنما قد تقتضى التصدى السـريع من قبل السلطة التنفيذية التى هى أكثر تأهيلا لمثل هذا التصدى . وقـــد يكـــون هذا التصدى – وتحت ضغط الضرورة – فى صورة مخالفة أو استبعاد بعض النصوص الدستورية .

ولكن على أى أساس ؟

هـــل هـــناك أساس قانونى ؟ أم أن أساس ذلك هو حكم الواقع وما تفرضه الضرورة الواقعية ليس إلا ؟

يذهـــب بارتلمى وزميله إلى أن مبدأ الشرعية هو المبدأ الذى يجب أن يســود حــتى فــى أوقات الأزمات ، وأنه ليس هناك شئ يقال له «حق الضــرورة» «droit de necessité» – كــل مــا يمكن أن يقال فى هذه الظــروف هــو أن حكم الواقع يطغى – بصفة مؤقتة – على حكم القانون . وعلــى ذلــك فإن كل تصرف يتخذ فى فترة الأزمة على خلاف الدستور أو القانون يبقى تصرفا غير مشروع من الناحية القانونية ولكن الحكومة التى تضــطر إلى هذا التصرف غير المشروع تحت ضغط الواقع وحكمه فى فترة الأزمة يمكن أن تتقدم بعد ذلك للبرلمان – باعتباره السلطة الدستورية العليا – ليعفــيها من المسئولية عن هذا التصرف غير المشروع ويكون الإعفاء فى صــورة قــانون تضــمينات . وهكذا تبقى الضرورة حالة من حالات الواقع وليست نظرية من نظريات القانون . وحتى يمكن الإسناد إلى الضرورة فإنه يجب أن تتوافر شروط ثلاث :

أولا : أن يوجد خطر قومى حقيقى وليس مجرد خطر سياسى
national et non siplement politique

ثانيا : ضرورة التصرف السريع .

ثالثا : استحالة اللجوء إلى الطرق العادية .

فـإذا اجتمعـت هذه الشرائط الثلاثة جاز الاستناد إلى الضرورة – كواقـع – للخـروج على حكم القانون[١]. ولكن يجب أن يظل ذلك دائما فى أضـيق نطـاق وأن يحمل دائما وصف الإجراء المؤقت الذى يزول بمجرد اسـتبعاد الخطـر ، كذلك فإن حالة الضرورة لا يمكن أن تؤدى إلى استبعاد الرقابة القضائية على التصرفات الصادرة فى تلك الفترة .

موقف كاريه دى مالبرج Carré de Malberg

يبدأ كاريه دى مالبرج من حيث بدأ **Esmein** أيا بمناقشة ما حدث فـى سويسرا وبنقد موقف المحكمة الفيدرالية وباعتبار أن التفويض الذى أصـدرته الجمعـية الفيدرالـية التشريعية إلى المجلس التنفيذى الفيدرالى بمـنحها له ما يطلق عليه قوانين السلطة الكاملة هو تفويض غير دستورى ذلك أن الجمعية فوضت فيما لا تملكه هى دستوريا [٢].

ثم يتطرق الفقيه الفرنسى بعد مناقشة طويلة للوضع الدستورى فى سويسرا مدللا على أن الدستور السويسرى لا يمكن أن يسمح بما حدث فى تلـك البلاد عند بدء الحرب العالمية الأولى – يتطرق إلى نظرية الضرورة باعتبار أنها تتخذ سندا لذلك الخروج على الدستور السويسرى على اعتبار أن مصـلحة الدولة وسلامتها فوق النصوص ، وإنه فى أوقات الخطر فإن الضـرورة نفسـها تولـد حقا للدولة تتخذ بمقتضاه ما يلزم من إجراءات ضـرورية للمحافظة على سلامتها حسب ما تقتضيه الظروف ، وهذا الحق

---

(١) المرجع السابق ص٣٤٤ .

(2) R. Carré De Malberg : Contribution à la Théorie generale de l'Etat t. paris 1920, p. 610 et s. note 24 .

للدولـــة - فـــى هـــذه الأحـــوال - هو حق طبيعى يتصل بحقها فى الدفاع الشرعى عن ذاتها .

ويعلـــق كاريـــه دى مالبرج على ذلك قائلا : أن أحدا لا يستطيع آن يـــنكر علـــى الدولـــة فـــى حالات الخطر الداهم لجوءها إلى إجراءات على مستوى ذلك الخطر لوقاية كيانها والمحافظة على سلامتها ، ولكن الدولة إذ تلجـــأ إلـــى تلك الإجراءات - المخالفة للدستور - إنما تتصرف على أرض الواقـــع وليس وفقا للقانون ولا بناء على نظرية قانونية . وإنه لا يجوز لنا أن نعطى لونا قانونيا «couleur juridique» لما ليس قانونيا فى الحقيقة .

وينـــتهى الفقيه الفرنسى إلى أن الضرورة والقانون هما مصطلحان متنافران يستبعد كل منهما الآخر :

«Droit et nécessité sont deux termes qui s'excluent au ce que sens que la nécessité, si elle suffit à justifier en fait le recours à des moyen impro- vises, ne suffit pas à laur conférer lacorrection et la valeur de moyens legaux» .[(١)]

وهكذا فإن كاريه دى مالبرج لا يرى الضرورة نظرية قانونية تبيح الخـــروج على النظام القانونى القائم ، ولكن من ناحية أخرى لا يستطيع أن يغفـــل عـــن الضـــرورة وحكمهـــا ولا عن الأزمات التى تجتاح حياة الدول وتضـــطرها إلـــى اللجـــوء إلى إجراءات استثنائية للمحافظة على سلامتها وكـــيانها - أن مـــن الطبيعى أن تلجأ الدول إلى مثل هذه الإجراءات ولكنها تلجـــأ إلـــيها باعتبار أن الواقع يدفعها إلى ذلك دفعا ، وباعتبارها تتصرف تصرفا واقعيا لا باعتبارها تتصرف تصرفا قانونيا .

---

(١) المرجع السابق - نفس الهامش ص٦٢٠ .

والقــرارات التى تصدرها السلطة التنفيذية خارج نطاق المشروعية تحــت ضــغط الضرورة ، وتصرفاتها التى من هذا القبيل تبقى دائما – من الناحــية القانونــية – تصــرفات معيبة غير قابلة للإصلاح ، ولا حتى عن طــريق الإجــازة مــن الــبرلمان ، أن مثل هذه القرارات تبقى من الناحية القانونية معدومة القيمة ولا يمكن أن تكون بالتالى محلا للإجازة ذلك أن أى قانون لا يستطيع أن يعطى قيمة لعمل هو فى ذاته باطل .

"Aucune loi ne peut donner de valeur à un acte qui est nul en soi» .

وأن الحل التشريعى الوحيد هو أن يصدر قانون بالإجراءات العادية الســليمة يضــم نصــوص القرار او الإجراء السابق الباطل ويستطيع هذا القــانون أن يــنص على الأثر الرجعى لــه ابتداء من تاريخ صدور القرار الباطل (وذلك عدا مسائل التجريم بطبيعة الحال) إنما مجرد عرض القرارات الــتى صدرت على خلاف الأوضاع الدستورية استنادا إلى حالة الضرورة ، مجــرد عرض هذه القرارات على البرلمان لإجازتها لا يمكن أن يؤدى إلى تصــحيح بطلانهــا ، ذلك أنه من نوع البطلان المطلق الذى لا تلحقه إجازة على النحو الذى يفهم من عبارات كاريه دى مالبرج .

وهكــذا يقــبل كاريه دى مالبرج الضرورة كواقع لابد من مواجهته ولكنه يرفضها كنظرية قانونية .

وإذا كــان هــذا الموقف لجانب من الفقه الفرنسى يقرب بينه وبين الفقــه الانجلوسكسونى فإننا سنرى بعد أن نعرض للفقه الألمانى الذى يرى فــى الضــرورة نظرية قانونية أن ثمة جانبا من الفقه الفرنسى يرى نفس الرأى وأن لم يذهب إلى المدى الذى ذهب إليه الفقه الألمانى.

المبحث الثالث

الضرورة نظرية قانونية

يذهب الفقه الألمانى فى حملته إلى اعتبار نظرية الضرورة نظرية قانونية .

ويذهب جانب من الفقه الفرنسى يمثله الفقهيان الكبيران دوجى وهوريو نفس هذا المذهب أيضا وأن اختلفت الأسانيد .

وندرس الفقه الألمانى فى فرع أول ثم ندرس الفقه الفرنسى فى فرع ثان .

الفرع الأول

الفقه الالمانى والنظرية القانونية للضرورة

نعتمد فى عرضنا للفقه الألمانى على ما كتبه الفقهاء الفرنسيون وغيرهم – أو على ترجمات فرنسية لأعمالهم – ذلك أننا لا نستطيع – للأسف – أن نرجع مباشرة إلى كتابات الفقهاء الألمان أنفسهم .

والفقه الألمانى فى بنائه لنظرية الضرورة يستند أساسا إلى فلسفة هيجل ونظريته عن الدولة .

والدولة عند هيجل هى إرادة الله على الأرض وهى الحقيقة الوحيدة المطلقة وهى القيمة الشاملة غير المحدودة . وعن علاقة الفرد بالدولة يرى هيجل أن الدولة هى وحدها الروح الموضوعية **l'esprit objectif** وأن الفرد فى ذاته ليس له وجود موضوعى ولا حقيقة ، وأنه لا يتحقق له

شـــئ مـــن ذلـــك إلا بكونه عضوا فى دولة[1]. وأن الفرد لا يمكن أن يكون لحـــياته هـــدف أو معنى أو أن يكون لسلوكه غاية إلا فى إطار الدولة ومن أجلهـــا . كذلـــك فـــإن الحرية لا يتحقق معناها السامى إلا فى ذات الإطار ، وعلـــى ذلك كله فإن الدولة لها حق سيادى فى مواجهة الأفراد الذين يتمثل واجـــبهم الأســـمى فى أن يكونوا أفرادا فى الدولة . بهذه العبارات القريبة الشـــبه بالعـــبارات الصوفية الغامضة «يتعبد» هيجل أمام الدولة . يكفى أن نقرأ قوله عن الدولة[2] :

«... Cette unite substantielle est un but proper, absolu, immobile, dans lequl la liberté obtient sa valeur supreme, et ainnsi ce but final a un droit souverain vis-à-vis des individus don't le plus haut devoir est d'étre membtes de l'Etat.» .

والقانون ليس إلا التعبير الموضوعى عن روح الدولة ، لكن القانون مهما علا فى درجة تعبيره يظل دائما دون المجرد المطلق إلا وهو الدولة .

وقـــد جـــاء الفقهاء الألمانى وعلى رأسهم يللنك Jellink واهرنج Ihering ليصـــوغوا أفكـــار هيجل الفلسفية صياغة قانونية وليقيموا على أساســـها نظرية التحديد الذاتى للإرادة التى خلاصتها أن الدولة لا تلتزم إلا بإرادتها وفى هذا تكمن سيادتها ، ومن هنا فإن القواعد التى تنظم ممارسة السلطة لا يمكن أن تكون إلا من عمل الدولة نفسها[3].

---

(1) Hegel : principe de la philosophie du droit «collection idées» Paris 1940 p. 24 .

(2) Hegel : op. Cit., P. 270, note 258 .

(3) Jellinek : L'Etat Moderne, traductionfranc. T. 11. pp. 129-136.
«أشار إليه كاريه دى مالبرج فى المرجع المشار إليه من قبل» .

وإذا كان هذا هو أساس نظر الفقهاء الألمان للدولة وللقانون فإنهم بهذا النظر لابد وأن يكونوا قريبين جدا من المنطق الذى يقول أن الدولة إذا تهددهـا خطـر فإن لها أن تدفع هذا الخطر بكل وسيلة حتى وإن كانت تلك الوسـيلة هى تعطيل حكم القانون أو مخالفته . أن القانون تعبير عن إرادة الدولـة مـن اجل حماية الدولة ، أن القانون وسيلة لغاية هى الحفاظ على الدولـة ولا يمكـن أن تقدم الوسيلة على الغاية ، فإذا كانت سلامة الدولة مهـددة فـإن حق الضرورة أو وفقا للكلمة الألمانية **notrech** يقوم ويبرر الخـروج على القاعدة القانونية – التى ليست إلا وسيلة – من أجل الحفاظ علـى سـلامة الدولة – التى هى الغاية من كل النظام القانونى وكل إجراء تقتضـيه سـلامة الدولة وأى خروج على قواعد النظام القانونى القائم فإنه فـى ذاتـه إجراء سليم ومشروع لأنه يحقق هدف النظام القانونى النهائى وهـو المحافظـة على سلامة الدولة ، ذلك أنه يوجد فوق القانون المكتوب قـانون آخر غير مكتوب يقرر سلامة الإجراءات والتصرفات التى تتخذ فى حالة الضرورة من أجل السلامة العامة وإن حالة الضرورة تؤدى إلى وجود نظـام قانونى جديد تماما عن النظام القانونى السابق عليها والذى يقوم فى الأحوال العادية[1].

ويوجـز الفقـيه الفرنسى بارتلمى موقف الفقه الألمانى من نظرية الضرورة فى العبارة البسيطة الآتية :

«L'Etat n'est subordonné au droit que s'il le veut, dans la mesure ou il veut, et pendant le temps ou il le veut» .

«لا تخضع الدولة للقانون إلا عندما تريد ، وفى الحدود التى تريدها

---

(1) C. Camus : L'Etat De Nécessité En Démocratie «précité» P. 177 .

وفى الوقت الذى تريده»[١].

ولا شــك أنــه فى وقت الخطر الذى يتهدد الدولة ويكون دفعه غير ميســور إلا بالخــروج على النظام القانونى فإن الدولة «لن تريد » فى ذلك الوقــت أن تخضــع للقــانون وإنما ستوجد نظاما قانونيا جديدا يتناسب مع الظروف الناجمة عن الضرورة .

وقــد اســتغلت ألمانــيا نظرية الضرورة فى العلاقات الدولية أسوا اســتغلال وجعلتها ذريعة للتحلل من أحكام المعاهدات وللعدوان على الدول الصغيرة المجاورة وانتهاك حياد بلجيكا فى الحرب العالمية الأولى . كما أن الــنظرية كانت فى الداخل وسيلة الحكام الألمان لزيادة الطغيان وللتحلل من الأحكــام الدستورية مختفين وراء أحكام الضرورة ، وذلك كله على أساس أن الضــرورة لا تعرف القانون Not Kent Keingebot وإنما للضرورة قانونهــا الخــاص ، إن تصرفات الدولة فى أحوال الضرورة تخرق القانون ولكــن من أجل أن تصل فى النهاية إلى المحافظة على النظام القانونى كله ومن أجل الحيلولة دون قيام الفوضى .

والغالــب على الفقهاء الألمان أنهم يرون أن حالة الضرورة تعتبر مصدرا عاما للقواعد القانونية – ما دامت الظروف التى أدت إلى قيامها ما تــزال موجــودة – فالضــرورة تبــيح الخروج على القانون العادى وعلى الدســتور معا وتبيح تعليق النصوص الدستورية ، كما تبيح الخروج عليها وتعديلها . وعلى ذلك وعند الغالبية من الفقهاء الألمان فإن الضرورة تعتبر

---

(١) بارتلمى : المرجع السابق الإشارة إليه ص٢٤٠ .

مصدرا غير مشروط source inconditionnelle للقواعد القانونية[1].

وهكـــذا أقـــام الفقهاء الألمان صرح نظرية الضرورة ، لا باعتبارها نظـــرية واقعـــية أو سياسية ، ولكن باعتبارها نظرية قانونية ، وباعتبارها مصـــدرا مباشرا غير مشروط للقواعد القانونية ما دامت مقتضيات وجودها قائمة .

الفرع الثانى

الفقه الفرنسى والنظرية القانونية للضرورة

علمـــان كبيران من أعلام القانون العام فى فرنسا – إن لم نقل فى العـــالم – همـــا دوجى وهوريو يأخذان بنظرية الضرورة باعتبارها نظرية قانونية ، ونعرض فيما يلى لرأى كل منهما.

رأى العلامة دوجى :

بعـــد أن هـــاجم دوجى بعنف نظرية أعمال السيادة ورفضها رفضا حاســـما انـــتقل إلى مناقشة نظرية الضرورة[2] واعتبرها مختلفة تماما عن الـــنظرية الســـابقة ذلك أن الأمر هنا يتعلق بإمكانية خروج الدولة عن إطار المشـــروعية الشـــكلية legalité formelle فى ظروف معينة ولا يتعلق – كمـــا فـــى نظـــرية أعمـــال السيادة – بتحصين هذه الأعمال ضد الرقابة القضائية ، تلك الحصانة التى لم يدع إليها أحد فى هذا النطاق . (أى نطاق نظرية الضرورة) .

---

(1) G. Camus : op. cit., P. 177 .
(2) L. Duguit : Traité de Droit Constiutionnel 2ed. t. III, Paris 1923, P. 697, et s.

ويــبدأ دوجـــى مناقشته للنظرية فى حدود مناقشة موضوع لوائح الضـــرورة reglements de nécessité تلك اللوائح التى تصدرها الحكومة فـــى ظـــروف استثنائية دون أن تستند فى إصدارها إلى قانون معين أو إلى نـــص دستورى وإنما تستند فى إصدارها إلى الضرورة مخالفة بذلك قواعد الاختصــاص الــتى حددهــا الدســتور أو متجاوزة لها وخارجة بذلك عن «الشرعية الشكلية» على حد تعبيره .

ويشـــير دوجـــى إلى أن الفقه الألمانى قبل دون تردد نظرية لوائح الضـــرورة . وأنـــه بذلك كان منطقيا مع نفسه ، كذلك فإن بعض الدساتير الألمانـــية نصـــت على هذا الحق صراحة وأعطت للسلطة التنفيذية – تحت مســئوليتها – حـــق إصدار لوائح الضرورة فى غيبة البرلمان . ذلك على حيـــن أن فرنسا لم تعرف – على كثرة ما شاهدت من دساتير – إلا دستورا واحـــد[١] هـــو دســتور السنة الثامنة يعترف بحالة الضرورة ويرتب عليها نـــتائجها وذلك بنصه فى المادة ٩٢ منه على أنه فى حالة الثورة المسلحة أو الاضـــطرابات الـــتى تهـــدد سلامة الدولة يجوز للحكومة بقرار منها أن توقف سريان الدستور وتوقف السلطة التشريعية وتتولى هى إصدار لوائح الضرورة لمواجهة الموقف .

ولـــم تـــنص الدساتير اللاحقة – فى رأى دوجى وحتى وقته – على نـــص مشـــابه ، ولكنه يرى مع ذلك أن الحكومة تستطيع فى ظروف معينة وبشـــروط خاصـــة أن تتمـــتع بذلـــك الحق الذى تصدر على أساسه لوائح الضـــرورة ، وأنـــه لا يمكـــن القول – فى ظل القانون الوضعى القائم – أن الحكومـــة لا تستطيع مهما كانت الظروف الملجئة أن تصدر لوائح تشريعية

---

(١) إلى الوقت الذى كان يكتب فيه دوجى بطبيعة الحال .

تواجه بها حالة الضرورة .

ومع ذلك وقبل أن يستطرد فإن دوجى يحذر من الوصول إلى نظرية الضـــرورة كما قال بها الفقهاء الألمان معلنا أن ذلك المنحدر سريع وخطير La pente est rapide et dangereuse[1] وبــأن الأبــواب يجب أن لا تفــتح علـــى مصاريعها حتى فى الظروف الاستثنائية أمام الحاكمين مهما كانت صفاتهم الشخصية .

ويقـــول دوجـــى أنـــه مستعد أن يرى الحكومة فى بعض الظروف الاستثنائية وتحت ضغط الضرورة تصدر لوائح تشريعية ، وأن هذه اللوائح فـــى هـــذه الظـــروف الاستثنائية تستطيع أن توقف أو أن تعدل أو أن تلغى القوانين القائمة وذلك على أن تجتمع الشروط الثلاثة الآتية :

أولاً : يجـــب أن تكـــون هناك حرب خارجية ، أو عصيان مسلح أو إضراب عام للموظفين .

ثانياً : أن تكون هناك استحالة مادية لجمع البرلمان ، أو على الأقل أن لا يكـــون الـــبرلمان فـــى حالة اجتماع وأن تكون هناك حالة ضرورة لا يمكن معها انتظار دعوة البرلمان للاجتماع .

ثالثاً : أن تصدر الحكومة هذه اللوائح التشريعية وفى نيتها المعلنة أو المفترضـــة – ولكن الحقيقة فى كل الأحوال – أن هذه اللوائح ستخضع لتصـــديق الـــبرلمان وإجازتـــه عندما يصبح اجتماعه ممكنا . وهذا الشرط الأخـــير جوهـــرى ذلـــك أنه هو الذى يكشف عن نية الحكومة وإنها عندما أصـــدرت اللوائـــح التشـــريعية لم يكن فى نيتها أن تجور على الاختصاص

---

(1) Duguit : op. cit., P. 700 .

التشريعى ولكنها لجأت إلى إصدارها تحت ضغط الضرورة لتواجه الظروف الاستثنائية التى وجدت فيها البلاد .

وطالمـــا أن الـــبرلمان لا يستطيع أن يجتمع لظروف حالة الضرورة فـــإن تلـــك اللوائـــح التشريعية التى أصدرتها الحكومة يجب أن تكون محل تطبـــيق من المحاكم ولا تستطيع المحاكم أن تمتنع عن تطبيقها بدعوى أنها غير شرعية .

ومـــن ناحية أخرى فإنه يجوز الطعن فى هذه اللوائح بدعوى تجاوز السلطة ذلك لأن هذه اللوائح تظل بمثابة قرارات إدارية صادرة عن السلطة التنفيذية إلى أن يقرها البرلمان .

ولكـــن إذا اجـــتمع الـــبرلمان ولم تعرض عليه الحكومة فورا هذه اللوائح التشريعية فإنها تسقط من تلقاء نفسها وتمتنع المحاكم عن تطبيقها وتعتبر الحكومة بعدم عرض هذه اللوائح على البرلمان معتدية على السلطة التشريعية .

وإذا اجـــتمع البرلمان وعرضت عليه هذه اللوائح التشريعية وأقرها فإنهـــا تكتســـب صـــفة القانون من يوم صدورها ، على أنها فى الواقع لا تكتســـب القـــوة الإلزامـــية مـــن يوم صدورها من واقعة إقرارها من قبل الـــبرلمان، وإنمـــا هـــى تكتســـب هذه القوة الإلزامية التشريعية من وقت إصـــدارها بســـبب الظـــروف والأحوال التى أصدرت فيها ، وهذا يعنى عند دوجـــى أن الضـــرورة فى ذاتها مبرر لإصدار قواعد قانونية ، وأن الإجازة اللاحقة من البرلمان هى لتقدير ما إذا كانت شروط الضرورة متوافرة أم لا فـــإذا كانـــت متوافرة فإن البرلمان إذ يقر اللوائح التشريعية إنما يقرها من أجل المستقبل على حين أن قوتها الإلزامية من يوم إصدارها إلى يوم إقرار

البرلمان تستمدها من الظروف التى صدرت فيها أى من حالة الضرورة .

ومـــع أن دوجى يسلم على النحو السابق بأن نظرية الضرورة هى نظـــرية قانونـــية قـــادرة على أن تكون مصدرا للقواعد القانونية ، إلا أنها مشـــروطة بشـــروط معينة ، ولذلك فإنه ينتقد اتجاه الحكومة الفرنسية أبان الحـــرب العالمية الأولى فى الاستناد إلى نظرية الضرورة فى إصدار لوائح تشـــريعية علـــى حين أن انعقاد البرلمان كان ممكنا ، كذلك فإنه ينتقد اتجاه مجلـــس الدولة الفرنسى لتسليمه بصحة هذه اللوائح ، على حين أن دوجى يـــرى أن الضـــرورة لم تكن تبرر إصدار هذه اللوائح ، من قبل الحكومة ، وأن دعـــوة البرلمان إلى الاجتماع قبل إصدار هذه اللوائح ومن ثم عرضها عليه أمرا ممكنا[١].

هـــذا هـــو موقـــف العلامة دوجى من نظرية الضرورة ، وهو يقر الضرورة كنظرية قانونية ، ولكنها نظرية قانونية محكومة بشروط معينة ، ومـــن ثم فهى لا يمكن – كما ذهب الفقهاء الألمان – أن تكون مصدرا غير مشروط للقواعد القانونية ، إنها مصدر مؤقت ومشروط فى آن معا[٢].

رأى هوريـــو :

كانـــت البداية عند هوريو[٣] فى بحثة لنظرية الضرورة هى الحرب العالمـــية الأولـــى ومـــا أحدثـــته من آثار على الاقتصاد القومى ليس عند المتحاربين فقط وإنما لدى الدول المحايدة أيضا ولا شك أن الحرب كان لها آثـــار أخـــرى خطـــيرة غـــير مجرد آثارها الاقتصادية ، وفى مواجهة هذه

---

(1) Duguit : op, cit., P. 702-703 .
(2) Camus : op. cit., P. 182-183 .
(3) M. Hauriou : Précis De Droit Constitutionnel 2ed. Paris 1929, P. 448, et s.

الأوضاع الاستثنائية فإنه كان من الحكمة أن يوجد نوع من الغطاء التشريعى لما قد تضطر إليه الدولة من تصرفات وذلك هو الذى حدث فى الولايات المتحدة وفى إنجلترا وفى سويسرا بإصدار قوانين السلطة الكاملة. وقد أوجدت هذه القوانين نوعا من المشروعية يسميه هوريو «مشروعية الظروف légalité de circonstance ولكنها مشروعية على أى حال .

وهكذا يبدو أن هوريو – على خلاف بارتلمى وكاريه دى مالبرج – يرى مشروعية التجربة السويسرية ، تلك التجربة التى هاجمها الفقيهان الفرنسيان الآخران وكانت بالنسبة لهما نقطة البداية فى مهاجمة نظرية الضرورة باعتبارها نظرية قانونية على النحو الذى رأيناه عند عرضنا لرأيهما .

وإذا كانت تلك الدول التى أشار إليها هوريو بما عمدت إليه من إصدار قوانين السلطة الكاملة lois de pleins pouvoirs قد أوجدت نوعا من المشروعية التى تتناسب مع الظروف الاستثنائية التى أوجدتها الحرب ، فإن فرنسا لم تشأ أن تسلك هذا المسلك ، ولكن قوة الواقع أجبرت الحكومة الفرنسية على تجاوز اختصاصها دون أن تستند إلى أساس تشريعى ، وبذلك فإنها خرجت عن حدود المشروعية إلى المدى الذى يمكن أن يقال معه أنه وجدت نوع من الديكتاتورية التنفيذية الواقعية dictature executive de fait وقد ساعد على قيام مثل هذه الديكتاتورية للسلطة التنفيذية تأجيل انعقاد البرلمان ثم انتهاء فصله التشريعى[١].

وفى هذه الفترة اضطرت الحكومة إلى أن تتخذ من إجراءات الضبط

---

(١) المرجع السابق ص٤٥٠ .

ما يجاوز سلطاتها حتى فى حالات إعلان الأحكام العرفية etat de siege ، وأصـــدرت مراسيم بمقتضاها تطبيق بعض القوانين ، وبعض هذه المراسيم لـــم يعرض على البرلمان بعد ذلك لإقراره وتصحيح آثاره مما أدى إلى نوع من الخلط désarroi التشريعى .

ويـــرى هوريو أن تبرير ذلك الذى حدث فى هذه الفترة إنما يستند إلـــى نوع من الشرعية توجده ضرورات حالة الحرب les nécessité de l'état de guerre

ولكن إلى أى مدي تستطيع ضرورات الحرب أن تبيح الخروج على القواعد العادية ؟

ويجيـــب هوريو على ذلك التساؤل بوجوب الرجوع إلى فكرة الدفاع الشرعى[1] .

أن حالة الحرب عنده – أو حالة الضرورة بتعبير آخر – تفتح أمام الدولـــة إمكانية اللجوء إلى حق الدفاع الشرعى واتخاذ إجراءات معينة ما كانت تستطيع اتخاذها فى الأحوال العادية وفى أوقات السلم .

ويجـــرى مجـــرى الحرب فى هذا الشأن الإضرابات خاصة إذا كانت مهـــددة لكيان الدولة ووجودها ، ويضرب لذلك مثلا الإضراب العام لموظفى الـــبريد وموظفى السكة الحديد عام ١٩٠٩ ولإضراب هؤلاء الأخيرين عام ١٩٢٠ .

وإذا كانـــت الدولـــة فـــى مواجهتها لهذه المخاطر تخرج عن إطار الشرعية فإنها لا تخرج عن إطار القانون طالما أنها فى حالة دفاع شرعى.

(1) Hauriou : op. cit., P. 452 «A ntore avis, la solution doit étre tirée de l'idée de la légitime defense».

«si le gouvernement est sorti de la legalité, li n'est cependant pas sorti du droit, pourvu qu'il snit en état de légitime defense.[1]

وإذا لجـأت الحكومـة عقـب اتخاذهـا لمثل هذه الإجراءات إلى استصـدار قـانون بالتضمينات من البرلمان فإن مثل ذلك القانون لا يعتبر بمـثابة عفو عن أعمال «محرمة» ارتكبتها الحكومة ، ذلك لأن الحكومة لم ترتكـب – فى مثل تلك الأموال الاستثنائية بلجوئها إلى تلك الإجراءات التى اتخذتهـا – عملا محرما ، على العكس من ذلك فإن الحكومة فى الواقع لن تقم إلا بواجبها .

على أن هوريو لا يفوته أن يشير إلى أن لجوء الدولة إلى مثل هذه الإجـراءات فى أحوال الضرورة ليس إلا من قبيل دفع شر بشر أهون منه، وأن اللجـوء إلـى الشر – على أى حال – لا يكون إلا اضطرارا[2] . إلا أن الواضح من استعراض رأى هوريو أنه يميل بوضوح إلى اعتبار أن نظرية الضرورة هى نظرية قانونية وأن ما تتخذه الدولة من إجراءات استنادا إليها هـى إجراءات قانونية غير مؤثمة مثلها فى ذلك مثل التصرفات التى تمليها حالة الدفاع الشرعى فى القانون الجنائى ، ومعروف أن الدفاع الشرعى هو سـبب مـن أسـباب الإباحـة وليس قصار أى أنه سبب من أسباب امتناع العقاب.

---

(١) المرجع السابق ص٤٥٣ هامش رقم ٨٩ .

(٢) وصف هوريو الإجراءات التى تتخذ فى هذه الاحوال بأنها **«ne sont qu`un pis-aller»** وهو تعبير فرنسى يفهم منه أن هذه الإجراءات هى أخف الشرين أو أهون الضررين **(faute de mieux)**

وبذلــك نكــون قــد عرضنا لأهم ممثلين فى الفقه الفرنسى لنظرية الضرورة باعتبارها نظرية قانونية .

ولكــن يــبقى مــع ذلك بين الفقيهين الفرنسيين الكبيرين - دوجى وهوريــو - وبين الفقهاء الألمان فارق يتمثل فى أن هذين الفقيهين عندما يقــران الضرورة كنظرية قانونية يريان فيها مصدرا مؤقتا ومشروطا - بل ومكــروها عند هوريو - ذلك على حين أن الفقه الألمانى يرى فى النظرية مصــدرا غــير مشروط للقواعد القانونية ما دامت حالة الضرورة ما تزال قائمة[1] .

كذلك فإن الفقه الفرنسى المؤيد للنظرية يؤيدها وفق ما أقرها قضاء مجلــس الدولة الفرنسى الذى يرى أن اللجوء إلى الضرورة وتجاوز حدود الشــرعية العاديــة إنما يكون خاضعا لرقابة القضاء - كما سنرى - الأمر الــذى لا تجيزه النظرية الألمانية عندما تطلق العنان للسلطة التنفيذية تحت ستار الضرورة بغير رقيب .

والملاحــظ أن الفقــه الفرنسى فى أعقاب الحرب العالمية الثانية لم يعــط لنظرية الضرورة فى القانون الدستورى ما أعطاها لها الجيل السابق من الفقهاء الذين عرضنا لآرائهم.

علــى أن اهــتماما واضــحا فى نطاق فقه القانون الإدارى بنظرية الظــروف الاستثنائية أخذ يتزايد ويطغى على الاهتمام بنظرية الضرورة فى القانون الدستورى .

إلا أن عــاملا جديــدا جاء به دستور ١٩٥٨ فى فرنسا - ذلك هو

---

(1) Camus : op. cit., P. 177, et P. 182 .

وجود المادة ١٦ به والتى تستند أساسا إلى نظرية الضرورة – أوجد حركة فقهية قوية حول الموضوع من جديد ، وسنعرض لذلك عندما نعرض لدراسة المادة ١٦ فى الجانب التطبيقى من هذه الدراسة .

المبحث الرابع

نظرية الضرورة فى الفقه الإسلامى

الذين حاولوا الرجوع إلى كتب الفقه الإسلامى الأصلية – من أمثالنا الذين لم يتخصصوا أساس فى دراسة الشريعة الإسلامية – يدركون مدى المعاناة التى يعانيها الباحث ليصل إلى حكم معين ما لم يساعده أحد المتخصصين فى الشريعة الإسلامية[١].

ويصدق ذلك أكثر ما يصدق على مباحث القانون العام ، ذلك أن المباحث المتعلقة بالمعاملات – أى بالقانون الخاص – هى من الغنى والوفرة فى الفقه الإسلامى بحيث توشك أن تطغى على غيرها من المباحث.

والذى يبين لنا من مجمل ما رجعنا إليه أن الفقهاء المسلمين لم يعرضوا لنظرية الضرورة على النحو الذى عرض لها به الفقهاء المحدثون فى القانون الدستورى ، ذلك أنه ليس بخاف أن الشرعيين لم يقسموا القانون إلى عام وخاص وبالطبع لم يقسموا القانون العام إلى قانون دستورى وقانون إدارى وما إلى ذلك .

---

(١) لا يفوتنا أن نذكر أننا قبل البدء فى كتابة هذا المبحث اتصلنا بأستاذنا فضيلة الشيخ محمد أبو زهرة الذى لم يضن علينا بتوجيهه وإرشاده .

ولكــن إذا كــان الشرعيون لم يعرضوا لنظرية الضرورة على ذلك الــنحو فــإنهم قــد عرضــوا لجوهر النظرية ووضعوا أصولا عامة يمكن الاهتداء بها والقياس عليها .

والأصــل العام الأساسى فى هذا الصدد هو القاعدة الشرعية القائلة «الضــرر يــزال» وهى تعتبر من القواعد الكلية فى الفقه الإسلامى ، وسند هذه القاعدة عند الشرعيين هو قول الرسول ﷺ : لا ضرر ولا ضرار .

يقــول الشيخ زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم فى كتابه «الأشباه والنظائر»[١].

ويبتــنى على هذه القاعدة (الضرر يزال) كثير من أبواب الفقه فمن ذلك الرد بالعيب وجميع أنواع الخيارات ... والقصاص والحدود والكفارات ... ودفــع الصائل وقتال المشركين والبغاة .. وهذه القاعدة مع التى قبلها (المشقة تجلب التيسير)[٢] متحدة أو متداخلة وتتعلق بها قواعد :

الأولــى : الضرورات تبيح المحظورات ومن ثم جاز أكل الميتة عند المخمصــة ، واســاغة اللقمــة بالخمر والتلفظ بكلمة الكفر للإكراه ، وكذا إتــلاف المال وأخذ مال الممتنع عن أداء الدين بغير إذنه ودفع الصائل ولو أدى إلى قتله ...» .

وممــا يبتنى أيضا على هذا الأصل أن الضرر الخاص يجرى تحمله

---

(١) زيــن العابديــن بن محمد إبراهيم محمد نجيم : الأشباه والنظائر على مذهب أبى حنيفة النعمان – تحقيق وتعليق عبد العزيز محمد الوكيل » الناشر مؤسسة الحلبى – القاهرة ١٩٦٨ ص٨٥ .

(٢) المرجع السابق ص٧٥ .

من أجل دفع الضرر العام ، وعلى ذلك فإذا وجدت السلطة حائطا مائلا يهدد السـلامة العامة فإنها تزيله ولو بغير إذن مالكه أو رضاه ، كذلك فإن مما يبتنى على هذا الأصل أيضا «التسعير عند تعدى أرباب الطعام فى بيعه بغبن فاحش»[١].

ويتضـح مـن هذا الذى استشهدنا به أن الفقهاء يجمعون فى مكان واحـد بيـن الرد بالعيب - وهو حكم مدنى - إلى دفع الصائل - وهو حكم جـنائى يتصل بأمن الدولة - إلى هدم الحائط المائل - وهو يتعلق بالضبط الإدارى - ولكـنها جمـيعا تطبـيقات لقـاعدة وجـوب إزالة الضرر وأن الضرورات تبيح المحظورات .

وقـد عـرض الشاطبى لهذا الموضوع وعرض مثلا قريبا من فقه القـانون العـام عندما قرر أن الحاكم عندما يريد أن يقوى الثغور ويحصن الحـدود لـدرء خطر هجوم خارجى ولا تكفيه فى ذلك الموارد العادية لبيت المـال فإنـه يسـتطيع أن يتجاوز هذه الموارد العادية وأن يفرض ضرائب إضـافية (بالتعبير الحديث) لمواجهة ذلك الخطر . يقول الشاطبى «... فإذا عورض هذا الضرر العظيم اللاحق لهم - الغزو من الخارج - يأخذ البعض مـن أموالهـم فلا يتمارى فى ترجيح الثانى عن الأول ...» [٢]وذلك تأسيسا على أن أخف الضررين يرتكب لاتقاء أشدهما .

---

(١) المرجع السابق ص٨٧ .

(٢) أبو إسحاق الشاطبى : الاعتصام جـ٢ - القاهرة مطبعة المنار ١٩١٤ ص٢٩٦ ، وانظـر للشاطبى أيضا الموافقات فى أصول الشريعة (تحقيق محمد عبد الله دراز) الناشر : المكتبة التجارية الجزء الأول ص٣١٩ والجزء الثانى ص١٠ (بغير تاريخ للنشر) .

وفـــى هـــذا أيضا يقول الماوردى أن «الضرورة تسقط ما أعوز من شروط المكنة»[(١)] .

ويذهــب أستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة إلى أن «الفقه الإسلامى فى جملته أساسه مصالح الأمة فما هو مصلحة فيه مطلوب جاءت الأدلة بطلبه. وما هو مضرة منهى عنه وتضافرت الأدلة على منعه ، وأن هذا أصل مقرر مجمع عليه من فقهاء المسلمين ، فما قال أحد منهم أن الشريعة الإسلامية جـــاءت بأمر ليس فى مصلحة العباد وما قال أحد منهم أن شيئا ضارا فيما شرع للمسلمين من شرائع وأحكام ...» [(٢)].

كذلـــك فـــإن الفقيه يستطيع أن يقرر أن «كل عمل فيه مصلحة لا ضرر فيها أو كان النفع فيه أكبر من الضرر مطلوب من غير أن يحتاج إلى شـــاهد خـــاص لهذا النوع من النفع وكل أمر فيه ضرر ولا مصلحة فيه أو إثمه أكبر من نفعه فهو منهى عنه من غير أن يحتاج إلى نص خاص»[(٣)].

ويجـــرى هـــذا المجرى أيضا ما يقوله أستاذنا المرحوم الشيخ عبد الوهـــاب خلاف «وأما الأحكام الضرورية فتجب مراعاتها ولا يجوز الإخلال بحكـــم منها إلا إذا كانت مراعاة ضرورى تؤدى إلى الإخلال بضرورى أهم منه»[(٤)].

---

(١) أبـــو الحســـن علـــى بـــن محمد البصرى البندارى الماوردى : الأحكام السلطانية والولايـــات الدينـــية – المطبعة المحمودية والتجارية بمصر ص٣٢ (بغير تاريخ للنشر) .

(٢) محمد ابو زهرة : مالك : حياته وعصره – أراد وفقهه – الطبعة الثانية ١٩٥٢ ص٣٩٢ .

(٣) المرجع السابق ص٣٩٤ .

(٤) عبد الوهاب خلاف : علم أصول الفقه – الطبعة السادسة ١٩٥٤ ص٢٣٤ .

ويمكــن أن يقاس على ذلك أن الأحكام الدستورية وأحكام الشريعة عمومـا هــى أحكام ضرورية ولكن إذا كانت مراعاتها تؤدى إلى الأضرار بســلامة الدولــة - فإنــه يجوز الإخلال بأحكامها . وهذا هو جوهر نظرية الضرورة .

وفــى رسالته للدكتوراه عن سيادة القانون بين الشريعة الإسلامية والشرائع الوضعية يذهب الدكتور عبد الله مرسى إلى أن الشريعة الإسلامية عرفــت نظــرية الضــرورة إلــى حــد تعطيل بعض النصوص تحت وطأة الضرورة[١].

ومــن هذا الذى تقدم كله نستطيع أن نقول أن الفقه الإسلامى عرف نظــرية الضــرورة ، وأنه يقرها مصدرا استثنائيا للقواعد التشريعية التى يجــوز أن تخــالف القواعــد التشــريعية العامة الموضوعة لحكم الظروف العاديــة، وأن هــذا القــول ينطبق على كل فروع القانون ، وينطبق أيضا بالنســبة للأحكــام السلطانية - أى الأحكام المتعلقة بالسلطة - ونعنى بها القواعد الدستورية.

وحــتى يــتحقق ذلك لحالة الضرورة فإن الفقه الإسلامى فى جملته يشترط الشروط الآتية[٢].

أولا : أن تكون الضرورة ملجئة .

---

(١) المرجع المشار إليه فى المتن ص٢٥٣ وما بعدها . (الأسكندرية: ١٩٧٢) .

(٢) انظر فى ذلك المراجع التى سبق أن أشرنا إليها وبالذات أصول الفقه للشيخ خلاف ص٢٤٥ كذلــك انظــر «الــنظرية العامة للإكراه والضرورة» ذنون أحمد السعيد (رسالة دكتوراه) القاهرة ، ص٥٦ .

ثانيا : أن تكون الضرورة قائمة لا مستقلة .

ثالثا : أن تدفع الضرورة بالقدر اللازم ، ذلك أن الضرورة تقدر بقدرها .

رابعا : أن ما جاز لضرورة يبطل بزوالها .

هذه هي الخلاصة التي استطعنا أن نصل إليها من دراستنا للفقه الإسلامي في هذا الموضوع ، وهي في تقديري تلتقي في جوهرها مع الفقهاء المحدثين الذين يرون في الضرورة نظرية قانونية من ناحية ، ويرونها نظرية قانونية مؤقتة بالظروف التي أوجبت قيام الضرورة من ناحية أخرى ، كذلك ومن ناحية ثالثة فإن الضرورة تقدر بقدرها وهذا يعني أن الضرورة ليست مصدرا عاما من مصادر القواعد القانونية وإنما هي مصدر استثنائي ومشروط .

المبحث الخامس

الفقه العربي ونظرية الضرورة

ارتبطت نشأة الفقه الدستوري في مصر بأمرين متعاصرين : أما أولهما فهو إصدار دستور ١٩٢٣ والعمل به ، وأما ثانيهما فهو إنشاء الجامعة المصرية الحديثة – وكلية الحقوق إحدى كلياتها – وتدريس مادة القانون الدستوري بها . ونحن نحرص على ذكر ذلك هنا لما له من صلة بموضوع دراستنا ، وذلك أن الفقه الدستوري المعاصر نشأ في ظل دستور يقر الضرورة ويرتب عليها آثارا معينة في المادة ٤١ منه ، تلك المادة التي كانت المناسبة الأساسية التي عرض الفقه المصري فيها لنظرية الضرورة .

وكل الدساتير التى شاهدتها البلاد بعد دستور ١٩٢٣ سواء فى ذلك دستور ١٩٣٠ أو الدساتير الصادرة بعد الثورة وحتى الدستور القائم كلها تضمنت نصوصا تماثل نص المادة ٤١ من دستور ١٩٢٣ .

وهكذا فإن الفقه المصرى لم يجد نفسه مضطرا لمناقشة نظرية الضرورة على النحو الذى ناقشها به الفقهاء الفرنسيون فى ظل الجمهورية الثالثة والتى عرضنا لها من قبل – فى غيبة نص دستورى كنص المادة ٤١ من دستور ١٩٢٣ أو كنص المادة ٤٨ من دستور جمهورية فايمر فى ألمانيا الصادر فى أغسطس ١٩١٩ .

ولعل أول دراسة فقهية عربية عرضت للموضوع على نحو فيه قدر من التوسع كانت هى بحث أستاذنا المرحوم الدكتور السيد صبرى عن «اللوائح التشريعية» وقد جاء هذا البحث أساسا بمناسبة ما أثير حول المادة ٤١ من دستور ١٩٢٣ من مناقشات .

وفى ذلك البحث بدأ سيادته ببيان أن الأصل أن تتولى التشريع سلطة التشريع وأن المادة ٤١ من الدستور تعتبر خروجا على ذلك الأصل وأن هذا الخروج تبرره نظرية الضرورة(١).

ثم تناول سيادته بعد ذلك التفسير الفقهى للمادة ٤١(٢) موضحا القيود التى تصاحب تطبيقها ، وهى المستفادة من من النص الدستورى نفسه : والمتعلقة بقيد الزمن وأن يكون ذلك فيما بين أدوار الانعقاد ، وما أثارته تلك العبارة من خلافات ، ورأيه من عدم جواز اللجوء إلى هذه

---

(١) د. السيد صبرى : اللوائح التشريعية – القاهرة ١٩٤٤ ص٥ وما بعدها .

(٢) المرجع السابق ص٣٦ وما بعدها .

المادة فى فترة حل مجلس النواب ، ونقده لعدم مراعاة الحكومات المختلفة لهذا التفسير ، ثم القيد الخاص بظروف تطبيق المادة وضرورة أن يكون ذلك مقيدا بحالتين : المحافظة على الأمن العام أو دفع خطر يتهدد الدولة[1]. وبيان أن الحكومات المتعاقبة تقتصر فى تطبيق هذه المادة على هاتين الحالتين وأنها توسعت فى تطبيقها توسعا شديدا . ثم القيد الخاص بالمدى وضرورة أن تتقيد المراسيم بقوانين الصادرة بناء على هذه المادة بأن لا تخالف الدستور ثم أخيرا القيد الخاص بمدة نفاذ هذه المراسيم ووجوب عرضها فورا على البرلمان .

وقد عالج الفقيه العربى – كما هو واضح – نظرية الضرورة فى نطاق دراسته للمادة ٤١ من دستور ١٩٢٣ وكأساس لهذه المادة ، ولكنه لم يعالج نظرية الضرورة نفسها كنظرية عامة ، والحقيقة أن وجود المادة ٤١ فى دستور ١٩٢٣ جعلت الفقه الدستورى العربى ينصرف أساسا إلى دراسة هذه المادة – التى كثيرا ما أسئ الاستناد إليها – ويشير بمناسبتها إلى نظرية الضرورة باعتبارها الأساس الفقهى لتلك المادة .

على أن الأستاذ الدكتور عبد الحميد متولى عرض لنظرية الضرورة باعتبارها أحد استثناء ين يردان على مبدأ علو الدستور[2]ووصف النظرية بأنها «أصبحت من المبادئ المقررة المسلم بها لدى رجال الفقه وإن اختلفوا فى تصويرها» ثم عرض سيادته بعد ذلك للوجوه المختلفة للنظرية وآراء الفقهاء حولها .

---

(١) نفس المرجع ص٦٤ .

(٢) د. عبد الحميد متولى : الوسيط فى القانون الدستورى ، الطبعة الأولى .

والــذى يفهــم مــن العــبارة التى أوردناها أن سيادته يقبل نظرية الضرورة .

وقد أشار سيادته فى موضع آخر إلى الجدل الذى ثار حول النظرية فــى فرنسا ثم أردف بقوله «لقد كفانا مؤونة ذلك الجدال – إلى حد كبير – واضــع الدســتور المصــرى إذ قرر صراحة حق الحكومة فى إصدار تلك اللوائــح بصــورة مراسيم بقوانين فى غيبة البرلمان مع مراعاة بعض من الشروط»[١] .

كذلــك يذهب الأستاذان الدكتور وحيد رأفت والدكتور وايت إبراهيم إلــى أنــه إذا كــان الأصــل أنه ليس للحكومة أن توقف القانون أو تعطل الدســتور أو تخالف نصوصه فإن الضرورات تبيح المحظورات .. «ولذلك تجــد أن أغلــب الكــتاب وبعض الدساتير تعطى الحكومة هذا الحق – حق إيقــاف الدســتور أو تعطــيله أو مخالفــة نصوصــه – فى بعض الأحوال الاستثنائية لصيانة المن أو مصالح الدولة الكبرى»[٢].

علــى أن معالجــة نظــرية الضرورة فى فقه القانون العام العربى حظيــت باهــتمام أكــبر فــى دراســات القانون الإدارى عنها فى القانون الدســتورى ولما كان الفصل بين النطاقين أمر بالغ عسير ، خاصة فى مثل هــذه الــنظرية الــتى تقوم على أعمال السلطة التنفيذية أساسا فى أوقات الخطــر فإنــه يحســن بنا أن نعرض لهذا الموضوع – بإيجاز – فى الفقه الإدارى أيضا .

---

(١) المرجع السابق ص٤٥١ .

(٢) وحــيد رأفت ، و وايت إبراهيم : القانون الدستورى ، القاهرة ١٩٣٧ ، ص٥٧٥ وهامش رقم ٣ .

ولعــل الأستاذ الدكتور وحيد رأفت فى كتابه عن «القانون الإدارى» هــو أول من أشار إلى نظرية الضرورة وأبان موقف القضاء المصرى منها – القضاء العادى بطبيعة الحال ذلك أن القضاء الإدارى لم يكن قد وجد بعد – وأوضـــح أن الاتجاه الغالب للقضاء المصرى كان يذهب إلى إقرار نظرية الضرورة بشروط معينة[1].

وعــندما نتــتقل إلــى القسم الخاص بالقضاء سنبين بتفصيل اتجاه القضـــاء المصرى العادى والإدارى فى هذا الموضوع . والحقيقة أن الفقه الإدارى عــندنا ارتــاد آفاقا أوسع بعد نشأة مجلس الدولة ، وإلى هذا الفقه بالذات نشير عندما نريد أن نبحث عن نظرية الضرورة .

ويذهب الأستاذ الدكتور محمد فؤاد مهنا[2] إلى التفرقة بين تشريعات الضرورة – وهى تلك التى تصدرها السلطة التنفيذية فى غيبة البرلمان بناء على نص الدستور – كشأن المادة ٤١ فى دستور ٢٣ ومثيلاتها فى دساتير الـــثورة – وبيــن لوائح الضرورة وهى تلك التى تصدر – غير مستندة إلى نـــص – فـــى الظروف الاستثنائية كقيام حالة حرب أو فتنة أو اضطرابات. وهـــذه اللوائح تتضمن أحكاماً تخالف القوانين القائمة وكان يجب اعتبارها باطلـــة لولا أنها تصحح على أساس نظرية الضرورة ، تلك النظرية التى لا تحـــرر الســـلطة الإداريـــة مـــن الخضوع لمبدأ الشرعية ولكنها توسع من دائـــرتها فى الظروف الاستثنائية حتى ليعتبر مشروعا ما كان غير مشروع ما دامت الضرورة تقتضيه .

---

(١) وحيد رأفت : القانون الإدارى ، القاهرة ١٩٣٩ ص١٨٩ وما بعدها .

(٢) محمـــد فـــؤاد مهـــنا : القـــانون الإدارى العـــربى ، المجلد الثانى ١٩٦٣/١٩٦٤ ص١١٥٦ وما بعدها .

والأستاذ الدكتور الطماوى لا يتحدث عن نظرية الضرورة وإنما يتحدث عن نظرية سلطات الحرب والظروف الاستثنائية على أنه يرى أن جوهر هذه النظرية يمكن «فى أن لبعض القرارات الإدارية غير المشروعة فى الظروف العادية يعتبرها القضاء مشروعة إذا ما ثبت أنها ضرورية لحماية النظام العام أو لتأمين سير المرافق العامة بسبب حدوث ظروف استثنائية . وهكذا تتحلل الإدارة مؤقتا من قيود المشروعية العادية لتتمتع باختصاص واسع لم يرد به نص تشريعى[١]. ويذهب الدكتور سليمان الطماوى إلى أن مجلس الدولة الفرنسى لا يرى فى نظرية الظروف الاستثنائية مجرد تطبيق عادى لفكرة الضرورة وإنما يؤسسها المجلس على أساس («واجبات السلطة الإدارية» ذلك أن الإدارة ملزمة بالمحافظة على النظام العام وعلى سير المرافق العامة سيرا منتظما فإذا ما تبين لها أن تطبيق قواعد المشروعية من شأنه أن يحول دون أدائها لهذا الواجب فلها أن تتحرر مؤقتا من تلك القواعد بالقدر الذى يمكنها من أداء واجباتها)[٢] .

وواضح من هذا الذى تقدم أنه هو الذى يعنيه الفقهاء عندما يتحدثون عن نظرية الضرورة ، وإن كان الواقع أن الكثرة من فقهاء القانون الإدارى يطلقون على النظرية اسم «نظرية الظروف الاستثنائية» وهم يقصدون فى الواقع ما يقصده فقهاء القانون الدستورى عندما يتحدثون عن «نظرية الضرورة» وقد حاولنا أن نوضح وجهة نظرنا فى هذا الشأن فى بداية هذا البحث عندما عرضنا للتصوير العام للنظرية .

---

(١) سليمان محمد الطماوى : مبادئ القانون الإدارى ، الطبعة الثالثة ١٩٥٩ ص٥٩٢.
(٢) المرجع السابق ص٥٩٤ وهامش رقم ٢، ٣ .

والأستاذ الدكتور محمود حافظ فى كتابه عن «القضاء الإدارى»[١] يتحدث عن الضرورة أو الظروف الاستثنائية بما يفيد أنهما يؤديان ذات المعنى وهو يبدأ باستعراض الشروط اللازمة لقيام حالة الضرورة ثم يتكلم عن النتائج التى تترتب على قيامها فيذهب إلى أن الإدارة تملك «الخروج على أحكام القوانين التى تلتزم بالخضوع لها واحترام قواعدها فى الظروف العادية وتستطيع أن توقف تطبيقها وأن تعد لها وأن تلغيها وما تتخذه من إجراءات وما تصدره من قرارات فى هذا السبيل يكون مشروعا» .

ولكن ليس معنى ذلك إهدار المشروعية إهدارا كاملا إذ أن «مبدأ الشرعية مبدأ قائم بصفة دائمة غاية الأمر .. تتسع دائرته ويمتد مداه فى حالة الضرورة أو الظروف الاستثنائية» .

وقد عرض الأستاذ الدكتور محمود حافظ لنظرية الضرورة على نحو أكثر تفصيلا فى رسالته للدكتوراه[٢] إذ عرض لأصولها الألمانية ثم وقف من هذه الأصول موقف الحذر إذ أنه رأى فى النظرية الألمانية على إطلاقها خطرا كبيرا .

«Nous n'acceptons de cette théorie que son effet juridique relatif à la validité des measures et des actes pris sous la pression de la nécessité car nous pouvons admettre avec les jurists allemands que la néce- ssié puisse étre génératrice de pouvoirs illlmités au profit de l'ex- écutif.»

ثم عرض بعد ذلك لموقف الفقه والقضاء فى فرنسا من النظرية ،

---

(١) محمود محمد حافظ : القضاء الإدارى ، الطبعة السادسة ١٩٧٣ ، ص٤١ ، ٤٤.

(2) Mahmoud Hafez : La Delegation Legislative En France Et En Egypte, Le Caire 1956, P. 163, et s.

وانــتقد موقــف الفقهــاء الذين لا يرون فى انظرية إلا نظرية سياسية أو واقعــية - بارتلى واسمان وغيرهما - وأخذ جانب الفقه الذى يقبل نظرية الضــرورة باعتبارها نظرية قانونية على اعتبار أن هناك مبدأ أساسيا أعلى مــن كــل المــبادئ القانونية المكتوبة يبيح فى الظروف الاستثنائية وتحت ضــغط الضرورة إيقاف وتجاهل بل وخرق قواعد الشرعية العادية من أجل الحفــاظ علــى الدولة[1]، ويؤكد سيادته على ضرورة أن يكون هناك تسليم بحق القضاء فى رقابة قيام أركان حالة الضرورة إذ بغير هذه الرقابة يصبح اللجــوء إلــى الضــرورة والاستناد إليها سلاحا فى يد السلطة التنفيذية قد يؤدى إلى الاستبداد .

والأستاذ الدكتور محمد كامل ليلة[2] بعد أن يبين الأساس الذى تقوم علــيه الظــروف الاســتثنائية والفكرة العامة التى تحكم وجودها يفرق بين مصــطلحات ثــلاث يكــثر استعمالها سواء فى الفقه أو فى القضاء بمعنى واحــد، وهــذه المصــطلحات هــى الضــرورة ، والظــروف الاســتثنائية

---

(١) المرجع السابق ص١٨٤ - ١٨٥ .

«Nous partageons entiérement l'opinion des Professeurs Waline etVedel selon qui on peut degager de la jurispridence du conseil d'Etat l'existence d'un principe supericur de droit prrmettant, dans les circonstances exceptionnelles, la suspeosion, la méconnaissance ou la violation de la legislation normale, pour la souvegarde de l'Erat»

ويضــيف محمود حافظ أن مجلس الدولة بهذا القضاء قد تبنى نظرية الضرورة ، ولكنها هنا ضرورة «شرعية» ولكنها «شرعية» الظروف الاستثنائية تلك الشرعية التى تستند على المبدأ القائل بضرورة الحفاظ على كيان الدولة واستمرارها .

(٢) محمــد كامل ليله : الرقابة على أعمال الإدارة (الرقابة القضائية) بيروت ١٩٧٠ ، ص٧٨ وما بعدها .

والاستعجال، وهو يلاحظ أن حالة الضرورة هى أعم وأشمل الحالات الثلاث، وعلى كل حال وبرغم الفوارق الدقيقة بينها «فإنها كلها تؤدى إلى التغاضى عن القواعد القانونية الموضوعة للظروف العادية وتتخطاها منشئة قواعد جديدة تتلاءم مع الأوضاع الجديدة التى أوجدتها الظروف الاستثنائية أو دعت إليها الضرورة واستلزمتها حالة الاستعجال[١]».

والضرورة لا تؤدى إلى هدم الشرعية أو تجاوزها كليا ذلك أن «مبدأ الشرعية يظل قائما بصفة دائمة .. غاية الأمر أن المبدأ يتغير وضعه فى ظل الضرورة .. إذ يتسم بالمرونة ويتسع نطاقه بحيث يتلاءم مع الأوضاع الطارئة التى تواجه الإدارة وتضطرها إلى سلوك سبيل غير عادى للتغلب عليها والتخلص من خطرها وإنقاذ الصالح العام من تهديدها[٢]» .

أما الأستاذ الدكتور مصطفى أبو زيد فهو يذهب[٣]إلى أن نظرية الظروف الاستثنائية هى نظرية عامة تطبق بالنسبة لسائر موضوعات القانون الإدارى بغير استثناء وأنها ليست قاصرة على حالة الحرب ، وأن موضعها الطبيعى يكون بصدد دراسة مبدأ المشروعية دون سواه ، وهو يذهب إلى هذا الاعتبار مدفوعا بالرغبة فى تثبيت مبدأ سيادة القانون حتى فى أحلك الظروف – على حد قولة – حتى لا يعود الأمر تحت ضغط الظروف إلى نظام الدولة البوليسية وحتى تمكن الإدارة تمكينا مشروعا من القيام بأعبائها فى ظروف قاسية على أن يتم ذلك كله تحت رقابة مجلس

---

(١) المرجع السابق ص٨٤ .

(٢) نفس المرجع ص٨٩ .

(٣) دكتور مصطفى أبو زيد فهمى :القضاء الإدارى وجلس الدولة ، الطبعة الثالثة الإسكندرية ١٩٦٦ ص١٨١ – ١٨٢ .

الدولة وإشرافه .

إن نظرية الظروف الاستثنائية تؤدى إلى توسيع مبدأ المشروعية – لا إلـــى هدمه – بحيث تخلع صفة الشرعية على أعمال كان يجب أن تعتبر مخالفة للقانون لو أنها تمت فى الظروف العادية .

ويـــبدو أن الدكـــتور مصـــطفى أبـــو زيد فى رسالته عن «نظرية الظـــروف الاســـتثنائية فـــى القانون الإدارى الفرنسى والمصرى» يرفض اصـــطلاح نظـــرية الضرورة ، كذلك يرى أن الأمر ليس قاصرا على مجرد توســـيع ســـلطات الضـــبط الإدارى ، وأنه من الخطأ التوحيد بين الظروف الاســـتثنائية ونظرية سلطات الحرب ، ذلك أن الأولى بمثابة الأصل والثانية بمـــثابة التطبـــيق ، ويذهـــب إلـــى محاولـــة بـــناء نظرية عامة تغطى كل موضـــوعات القانون الإدارى وتحاول أن تقيم توازنا بين مقتضيات الواقع من ناحية ومقتضيات الشرعية من ناحية أخرى[١] .

ويطلـــق الأستاذ الدكتور فؤاد العطار[٢]على النظرية اصطلاح نظرية الظروف الاستثنائية أو الصالح العام وهو يقبل النظرية على أساس مقارب لمـــا يأخذ به الفقه الألمانى ذلك أنه بعد أن يذكر أن التشريعات إنما وضعت

---

(١) لـــم نستطع للأسف أن نحصل على رسالة مصطفى أبو زيد وفى حديث مع سيادته علمـــت أن النسخة الوحيدة من الرسالة التى كانت فى حوزته استعارها زميل ولم يـــردها . ومـــع ذلك من خلال بعض المراجع الفرنسية وخاصة رسالة Lucien Nizard استطعنا أن نتعرف عن بعض افكار الرسالة . راجع بصفة خاصة رسالة Lucien Nizard ص ٩٤ وما بعدها .

L. Nizard : La Jurispridence Administatve Des Circonstances Ex- ceptionnelles Et La Legalité. Paris 1962 .

(٢) فؤاد العطار : القضاء الإدارى ، القاهرة ١٩٦٧ ص٨٥ .

لتحكم المجرى العادى من الأمور يذهب إلى «افتراض وجود قاعدة تنتظم القوانين جميعا وتفوقها محصلها وجوب الإبقاء على الدولة ، ذلك أنه إذا اقتضى احترام القانون فى وقت معين التضحية بالدولة لأدى ذلك إلى التضحية بالكل فى سبيل الإبقاء على البعض وحتى ذلك البعض فبقاؤه لا يعدو أن يكون ظاهرا طالما أن تنفيذ القانون سيؤدى إلى فناء الدولة وبالتالى بالأداة التى تعمل على بقاء القانون» .

وقد عرض الأستاذ الدكتور طعيمة الجرف لنظرية الضرورة فى دراسته عن مبدأ المشروعية ؛ والواضح أنه يرى فى الضرورة نظرية قانونية ذلك أنه[1]«من الأصول المقررة فى جميع الشرائع أن الضرورات تبيح المحذورات» ويبدو أن سيادته يسلم بالنظرية تأسيسا على حق الدولة الشرعى فى الدفاع عن النفس – كما ذهب هوريو فى الفقه الفرنسى – إلا إنه لا يذهب إلى المدى الذى ذهب إليه الفقهاء الألمان من اعتبار الضرورة «حقا» ذلك أن هذا الاعتبار يفتح الباب أمام الطغيان والاستبداد تحت ستار حماية أمن الدولة ونظامها العام الأمر الذى يهدد فكرة الدولة القانونية نفسها ويؤدى إلى تغليب حكم الثورة على حكم القانون[2].

والذى يتضح من الاتجاه العام للفقه العربى سواء ذلك الذى كتبه الفقهاء العرب بلغتهم الأصلية أو باللغة الفرنسية أنهم جميعا – وإن اختلفت المصطلحات – يأخذون بالأصل الشرعى القائل بأن الضرورات تبيح المحذورات ، وأن الإباحة لا تعنى التضحية بمبدأ الشرعية فى حالة

---

(١) دكتور طعيمة الجرف : مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون ، القاهرة ١٩٧٣ ص٩٠ وما بعدها .

(٢) المرجع السابق ص١١٢ .

الضـــرورة وإنما تعنى أن نطاق المبدأ يتسع بحيث يحتمل ما لا يحتمله فى الظروف العادية . وأن رقابة القضاء تظل ضمانة أكيدة لحسن تطبيق نظرية الضرورة .

وننتقل الآن لدراسة موقف التشريع من الضرورة .

القسم الثانى

موقف التشريع من نظرية الضرورة

تمهيد وتقسيم :

رأينا من قبل كيف اختلف الفقه حول قبول أرفض الضرورة باعتبارها نظرية قانونية .

على أن الذين يقبلون نظرية الضرورة باعتبارها نظرية قانونية تجيز الخروج على الإطار العادى لمبدأ المشروعية وتقيم نوعا من المشروعية الاستثنائية أو مشروعية الضرورة - هؤلاء اختلفوا بدورهم حول جواز تنظيم "الضرورة" تشريعيا وهل لذلك التظيم من جدوى تبرره.

ذهب بعض الفقهاء إلى جواز تنظيم "حالة الضرورة" فى الدستور وإلى أن ذلك التنظيم لا يخلو من عديد من المزايا .

وذهب آخرون إلى أن "حالة الضرورة" هى بطبيعتها مما يتأبى على التنظيم وبذلك فإنه لا فائدة من محاولة تنظيمها .

ولذلك فإننا سنعالج فى الباب الأول من القسم الثانى مسألة ملاءمة تنظيم حالة الضرورة فى الدستور .

والواقع أن هذا الباب الأول الذى يعد بمثابة مقدمة للبابين الثانى والثالث من الجانب التطبيقى من هذه الدراسة يعد هو فى ذاته أقرب إلى الجانب النظرى منه إلى الجانب التطبيقى .

وبعد هذه الدراسة عن مدى ملاءمة تنظيم حالة الضرورة تشريعيا ننتقل إلى الدراسة التطبيقية فعلا ونقسمها إلى بابين ندرس فى واحد منهما المادة السادسة عشر من دستور أكتوبر ١٩٥٨ فى فرنسا ، وندرس فى الآخر المادة ٧٤ من دستور ١٩٧١ فى جمهورية مصر العربية .

الباب الأول

مدى ملاءمة التنظيم الدستورى لحالة الضرورة

هــل من المجدى أن يتصدى الدستور لتنظيم حالة الضرورة ، تلك الحالــة الــتى تؤدى إلى نوع من «الخروج المشروع» على أحكام الدستور نفسه ؟

اخــتلف الفقهــاء فــى الإجابة على هذا التساؤل فمنهم من رفض ومنهم من أيد .

وفى فصلين متتاليين نعرض لآراء هؤلاء وآراء هؤلاء .

الفصل الأول

الرافضون تنظيم «الضرورة» دستوريا

يذهــب هــؤلاء إلــى أن تنظيم «حالة الضرورة» فى الدستور فيه خطــورة علــى النظام الديموقراطى نفسه ، وذلك أن هذا التنظيم إذا التجئ إلــيه قــد يــؤدى إلــى قيام نوع من «الديكتاتورية» تحت ستار أو سلاح النصــوص الدســتورية . والسلطة تغرى بالسلطة . واستمرار السلطة غير المقــيدة التى قد تتفق جزئيا مع منطق حالة الضرورة قد يجعل الممارسين لــتلك السلطة يسترسلون مع هذا التيار مما يهدد الحياة الدستورية والنظام الديموقــراطى نفســه من القواعد ، وبذلك ينقلب تنظيم حالة الضرورة فى الدستور من وسيلة لحماية الدولة إلى وسيلة لإقامة نوع من الديكتاتورية .

كذلـــك فمن الذى يضمن أن لا يستغل ذلك التنظيم الاستثنائى لحالة الضـــرورة ويجـــرى تطبـــيقه فى حالات لا ينطبق عليها فعلا وصف حالة الضـــرورة الـــتى قصـــد إليها الدستور ولا يكون القصد الحقيقى من وراء أعمـــال ذلك التنظيم الاستثنائى هو حماية الدولة وإنما حماية مجموعة من الحاكمين ؟ [١] .

ثـــم إن تنظـــيم حالـــة الضـــرورة فى الدستور قد يغرى الحاكمين بالاســـتناد إلـــيها حتى وإن كانت هناك مندوحة عنها ، بمعنى آخر قد يكون هـــناك نـــوع من الظروف غير العادية ولكنها لا تؤدى إلى أن تجعل الدولة فعـــلا فى مواجهة خطر داهم يتعين معه الخروج على أحكام الدستور ولكن وجـــود تنظـــيم تشريعى لحالة الضرورة فى الدستور يجعل الإغراء باللجوء إلـــيه – والخـــروج على الأحكام العادية لدستور بالتالى – أسهل مما لو لم يكن الدستور قد تضمن لهذه الحالة .

وقـــد لاحظ البعض[٢] أن اللجوء إلى مثل هذه النصوص فى دساتير بعض بلاد أمريكا اللاتينية كان يجعل من رؤساء الجمهوريات فى تلك البلاد حكاما بأمرهم فى الواقع حتى وإن حسنت نواياهم فى بداية توليهم السلطة.

كـــذلك فإن التنظيم المسبق لحالة الضرورة فى الدستور يخلق جوا نفسيا ملائما لتقوية فكرة السلطة الشخصية التى تتجه إلى التزايد فى أيامنا هذه ، وأن الأفعال التى يرتكبها من يمارس السلطات المبنية على الضرورة

(1) Paul Leroy : L'Organisation Constiutionnelle Et Les Crises (Thése) Paris 1966, p. 36 .
(2) Mirkine-Guetzenith :Les Constitution des Nations Américanes, 1932, p. XCV.
(فى المقدمة التحليلية للمجموعة)

يكـــون الـــناس فى العادة أكثر قبولا لها بحسبان أن صاحبها هو المنقذ من الخطــر الــذى يــتهدد البلاد ، وإذا قدر لصاحب تلك السلطة أن ينجح فإنه سيصـــبح فـــى نظـــر الـــناس بطلا وسينسى كل ما ارتكبه من خروج على القـــانون وعلى قواعد المشروعية وكل هذا يزيد من مخاطر تقوية وتركيز الســـلطة الشخصية لذلك «البطل» على حساب الشرعية والديموقراطية[1]. والحقيقة أن هذه المخاوف ليست من قبيل الفروض النظرية ولكن الواقع – فيما بين الحربين – فى بلاد مثل إيطاليا وألمانيا يثبت صحة هذه المخاوف. وقـــد كانت هذه المخاوف هى التى جعلت الجمعية التأسيسية فى إيطاليا عند وضـــع الدســـتور الحالى – دستور يناير ١٩٤٨ – تتردد طويلا قبل وضع نـــص المـــادة ٧٧ مـــن ذلـــك الدستور الذى يعطى الحكومة إمكانية اتخاذ إجـــراءات لهـــا قـــوة القانون فى حالات الضرورة الاستثنائية والاستعجال «dans des cas extraordinaires de nécessitéet urgence» ولم يوضـــع الـــنص إلا بعـــد مناقشات حامية تدل على أن الحكومة لا تستطيع الرجوع إلى هذا النص إلا فى الحالات البالغة الاستثناء ، عندما تكون هناك أزمـــة خطـــيرة تـــؤدى إلـــى الارتـــباك الكـــامل فـــى وظائف المؤسسات الدستورية[2].

وإلـــى جـــوار الجناح السابق الإشارة إليه فى الفقه والذى يرى فى تنظـــيم حالـــة الضـــرورة فى الدستور نوعا من الخطر على الديموقراطية والـــنظام الدســـتورى نفســـه فإن عددا من الفقهاء يرى أن هذا التنظيم لا

(1) Mlle Comus : op. cit., p. 198-199.

(2) La Constitution italienne de 1948, ouvrage collectif publié par la Fondation Nationale des Sciences politiques (cahier n. 18) p. 163.

جدوى منه ولا فائدة ذلك أنه من الخواص الأساسية لحالة الضرورة أنها لا يمكـــن التنبؤ بها على نحو واضح . والشئ الذى لا يمكن التنبؤ به لا يمكن الإعداد السابق الفعال لمواجهته . أن مواجهته تكون بنت وقتها .

كذلـــك ومن ناحية أخرى فإن وجود تنظيم دستورى لحالة الضرورة يجعلـــنا فى الواقع لسنا فى «حالة ضرورة» طالما أن هناك تنظيم دستورى عادى يواجه ظرفا عارضا معينا .

وكمـــا يقـــول الفقـــيه الألمانى كارل شميث أن حالة الضرورة تفقد خاصـــية الضـــرورة بمجرد التوقع السابق لها «il perd la qualificat-ion d`état de nécessité partin du moment ou il est prévu»[1] وبعـــض الذين يذهبون إلى عدم جدوى تنظيم حالة الضرورة فى الدستور يقولـــون أن هذا التنظيم أما أن يحاول أن يكون تنظيما تفصيليا دقيقا محددا وأمـــا أن يكـــون – بالمقابل – عاما وغامضا . وفى الحالة الأولى فإن ذلك التنظـــيم إذا لـــم تصادفه حالة تطابق نصوصه تماما فإنه يصبح ولا جدوى مـــنه ، بمعنى أنه غير صالح إلا للحالة أو الحالات التى توقعها فعلا ، كذلك فإنـــه فى الحالة الثانية يكون ذلك التنظيم الغامض هو وعدمه سواء طالما إنـــنا نســـلم بأن الضرورة فى حد ذاتها تبيح الخروج على القواعد العادية للمشروعية .

ويـــبدو أن العميد فيديل[2]من هذا الرأى القائل بعدم جدوى التنظيم الســـابق لحالة الضرورة فى الدستور وهو يرد على القائلين بأن عدم وجود نـــص مقـــابل لـــنص المادة ١٦ من دستور فرنسا الحالى عند قيام الحرب

---

(1) cite par mlle camus : op. p. 194.
(2)G. Vedel : Cours de Droit Constitutionnel et d'institutions politiques (1960-1961), p. 858.

العالمية الثانية هو الذى أدى إلى حالة الارتباك الدستورى التى سادت آنذاك بـأن الأمـر ليس أمر وجود أو عدم وجود مثل هذه المادة وإنما الأمر أمر الأشـخاص الذين كانوا فى السلطة ومدى إمكانياتهم على التصرف ، وليس عـدم وجود مثيل للمادة ١٦ هو الذى عاقهم عن النهوض بمسئولياتهم فى الدفاع عن البلاد .

وهكـذا يبيـن أن الرافضـين للتنظـيم الدسـتورى المسبق لحالة الضرورة يقيمون رفضهم على إحدى حجتين أو عليهما معا :

أولاً : أن مـثل هـذا التنظـيم قـد يـؤدى إلى مخاطر على النظام الدسـتورى نفسه بما يغرى به من تركيز للسلطة وخروج على المشروعية بحجة الرجوع إلى حالة الضرورة والاعتماد على النصوص المنظمة لها .

ثانـياً : أن هـذا التنظـيم الـذى يريد أن يعالج الضرورة هو بذاته مـناقض لحالة الضرورة ، إذ أنه يحاول أن يتوقع مالا يمكن توقعه وينظم مالا يمكن تنظيمه سلفا . وبالتالى فهو تنظيم لا جدوى منه ولا فائدة فيه .

الفصل الثانى

المؤيدون تنظيم الضرورة دستوريا

يصدر هؤلاء فى تفكيرهم عن مقدمتين أساسيتين :

أولهما : أن فترات الأزمات أمر لا مندوحة عنه فى حياة الجماعات والدول ، وأن هذه الفترات لا يمكن أن تخضع لذات القواعد التى تخضع لها تلك الجماعات فى الأوقات العادية . وأن نوعا من القواعد يتلاءم مع فترات الأزمـات لا بـد من وجوده ولا بد من التغاضى عن مبدأ المشروعية الذى يسـود فـى الأوقـات العادية ليحل محله نوع من المشروعية يتناسب مع الأوضـاع الاستثنائية وفترات الأزمات ، أن إسبرطة نفسها تركت قوانينها تنام فى بعض الأحيان على تعبير جان جاك روسو[1].

ثانيهما : إنـنا إذا سـلمنا بالمقدمـة السـابقة - ويـبدو أنه من الضـرورى التسليم بها على اعتبار أن حياة الدول أو سلامتها واستمرارها أولى بالحرص عليها من مجرد الحرص على بعض القواعد القانونية مهما كـان سـمو شأنها - فإن الذى يؤيدون الرأى القائل بتنظيم حالة الضرورة دستوريا يذهبون إلى أنه من الأفضل والوضع على هذا النحو أن تنظم حالة الضـرورة دستوريا بدل أن يترك الأمر لمحض الاجتهادات الفردية التى قد تشـتط إلـى مدى لا يمكن معرفته . أنه من الحكمة الدستورية - فى نظر أصحاب هذا الاتجاه أن يتوقع واضعوا الدستور فترات الأزمات وأن يضعوا لها نوعا من التنظيم المسبق .

---

(1) J.J. Rousseau : Du Contrat Social (ed. Garnier p. 323 : «Sparte elle-méme a laissé dormir ses lois».

ورغم أن الفقيه الفرنسىP. J. Barthélémy كان من الذين يرون فى الضرورة نظرية واقعية أو سياسية ولا يراها نظرية قانونية على النحو الـذى ذهـب إلـيه دوجـى وهوريو فى الفقه الفرنسى - والذى سبق أن عرضناه . فإن بارتملى مع ذلك كان يرى أنه من الحكمة أن يعد لهذا الأمر عدته سلفا(١).

«l'homme qui réflechit à l'avance sur l'attitude qu'il aura dans les circonstances exceptionnelles fait oeuvre utile de prevoyance et sagesse»

ومـن الطبيعى أن يكون الفقه الألمانى فى جملته من المؤيد للنص على النظام الخاص لحالة الضرورة فى الدستور ، ومن الناحية العملية فإن دسـاتير الولايـات الألمانـية ثم الدستور الألمانى الاتحادى بعد ذلك وحتى دسـتور جمهوريـة فيمر كانت تنظم - سواء على نحو جزئى أو على نحو شامل - حالة الضرورة .

وفى الفقه الفرنسى فإن جانبا من هذا الفقه يرى أنه من الأوفق أن تنظـيم حالـة الضـرورة سـلفا فـى الدستور ومن المؤيدين لهذا الرأى Dubois-Richard الـذى يذهب فى كتابه «التنظيم الفنى للدولة» إلى أنه لا بـد من تنظيم يواجه إمكانية إحداث توازن جديد بين السلطات وبعضها ، تنظـيم يـتلاءم مع تغيير السرعة ومع فرملة de freinage قيادة السيارة فى طريق محفوف بالمخاطر . وهو يذهب بذلك إلى ضرورة مواجهة حالات الضـرورة والأزمات سلفا وإعداد التنظيم الذى يواجهها والذى يعيد ترتيب أوضـاع السلطات العامة ترتيبا من شأنه أن يحافظ على سلامة الدولة وأن

(1) J. Barthémély : Le Droit public en temps de guerre R. D. P. 1915 P. 144 .

يضمن لها الاستمرار وسط العواصف[١].

ويرى ديبواريشار أن الدساتير لا تواجه إلا جزءا من مهمتها فقط إذاغ هي غفلت عن أوقات الأزمات وما يلزمها من تنظيم ولم تهتم إلا بالتنظيم اللازم لسلطات الدولة فى الأوقات العادية فحسب[٢].

ويذهب Dabin نفس المذهب عندما يرى أن الأوقات غير العادية تحتاج إلى تنظيم غير عادى وأنه من الملاءم أن يكون هناك تنظيم كامل لسلطات الدولة وكيفية عملها فى أوقات الخطر[٣].

وأصحاب هذا الاتجاه فى جملتهم يرون أن مثل هذا التنظيم المسبق يجنب سلطات الدولة الوقوع فى الارتباك فى أوقات الخطر إذ أنه يضع فى يدها تنظيما أعد بهدوء وبغير انفعال لمواجهة فترات الأزمات ، هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإن وجود مثل هذا التنظيم المعد سلفا يجعل سلطات الدولة ملزمة به ويحول بينها وبين المغالاة والتحكم .

وغياب مثل هذا التنظيم فى الدستور قد يؤدى إلى أثارة مناقشات عنيفة وجدل فقهى عقيم فى وقت تكون البلاد فيه أحوج ما تكون إلى التصرف لا إلى الجدل ، وإلى الفعل لا إلى القول .

ومعنى هذا أن مثل هذا التنظيم المسبق يساعد الدولة على مقاومة حدة الأزمة والتغلب عليها .

وكذلك فإنه من الناحية القانونية النظرية ، ومن ناحية النظام

---

(1) Dubois-Richard : L'Organisation technique de l'Etat, paris 1930, P. 178.

(٢) المرجع السابق ص١٨٦ .

(3) J. Dabin : Doctrine générale de l'Etat 1937, P. 287.

الديموقراطى نفسه فإن وجود نص فى الدستور ينظم حالة الضرورة ويمكن الاستناد إليه هو أكثر قبولا من حيث المنطق القانوني المجرد .

وإذا كانت فترات الأزمات لا يمكن تجنبها ، وإذا كان وقوعها يتكاثر فـى الأزمنة الحديثة فإنه يصبح من عدم الحكمة ألا نواجهها وإلا نضع لها من التنظيم ما تستحقه .

وإذا كـان العميد فيدل – كما سبق أن رأينا – يذهب إلى أن المادة ١٦ فـى الدسـتور الفرنسى الحالى هى مادة لا جدوى منها فإن فقيها آخر هـو الأستاذ Morange يرى عكس ذلك تماما ويذهب إلى أن من المزايا التى يحمد عليها دستور ١٩٥٨ أنه نظم حالة الضرورة فى المادة ١٦ وأنه خرج على تقليد طويل من النفاق ,avor eu le mérite, surce point ..
de romper avec une trop longue tradition d'hypocrisie[1] .

وذلـك التقليد الذى كان يغمض عينه عن حالة الضرورة ولا يجرؤ على مواجهتها وتنظيمها .

وبذلـك نكـون قـد استعرضنا حجج المعترضين من ناحية وحجج المؤيدين من ناحية أخرى لتنظيم حالة الضرورة فى الدستور .

وننـتقل بعـد ذلك إلى الدراسة التطبيقية فعلا لنرى كيف ووجهت ونظمت حالة الضرورة دستوريا فى كل من فرنسا ومصر .

---

(1) G. Morange : Le controle des decisions prises au titre de l'article 16, Dalloz 1961, p. 109.

الباب الثانى

التنظيم الدستورى لحالة الضرورة
فى فرنسا

تمهيـــــد :

دراســتنا للتنظــيم الدستورى لحالة الضرورة فى فرنسا سينصرف أساســا إلـــى المـــادة السادســة عشرة من دستور الجمهورية الخامسة أو دستور أكتوبر ١٩٥٨ كما يطلق عليه ، والحقيقة أن هذه المادة أثارت من الضــجة الفقهيه ما لم تثره مادة أخرى فى الدستور الفرنسى الحالى ولا فى الدســاتير الفرنسية السابقة ، ويكفى أن نعرف أنه منذ صدور هذا الدستور نوقشــت فـــى فرنسا – فيما نعلم – ثلاث رسائل للدكتوراه تدور حول هذه المادة سواء مباشرة أو من قريب .

هذا عن رسائل الدكتوراه فى القانون .

أمـــا المقالات الفقهيه والمقالات العامة التى أثارتها تلك المادة فى الحياة العامة فى فرنسا فإنها توشك أن تكون بغير حصر .

كذلـــك فإنه ما من كتاب صدر فى فرنسا عن القانون الدستورى فلا ظل الدستور الحالى إلا وأشار على نحو موجز أو مفصل إلى هذه المادة .

لذلـــك فإن دراستنا للمادة ١٦ من دستور ١٩٥٨ ستكون مشكلتها هى وفرة ما كتب عن هذه المادة من دراسات ، تلك الدراسات التى أحيت – كمـــا قدمنا – اهتمام الفقه الفرنسى بنظرية الضرورة باعتبار أن المادة ١٦ مـــن الدســـتور ليســت إلا محاولــة دســـتورية لتنظيم السلطات فى أوقات

الأزمـــات. وإذا كانـــت المـــادة ١٦ مـــن الدستور الحالى هى قمة التنظيم الدســـتورى لحالـــة الضرورة فإن ثمة بعض السوابق فى الحياة الدستورية الفرنسية يجدر بنا أن نشير إليها سريعا قبل أن ندرس المادة ١٦ على نحو فيه بعض التفصيل .

وعلى ذلك وفى فصل أول نبدأ بدراسة السوابق الدستورية .

وفـــى الفصـــل الـــثانى نـــدرس التنظيم الدستورى الحالى لنظرية الضرورة المتمثل فى المادة ١٦ من دستور أكتوبر ١٩٥٨ .

الفصل الأول

السوابق الدستورية الفرنسية لتنظيم حالة الضرورة

يقــول Jean Lamarque فــى مقــال له عن «نظرية الضرورة والمــادة ١٦ مــن الدستور الفرنسى» : «أ، قضية الضرورة هى قضية كل الأزمــنة وكل الأنظمة» وأن أعضاء الــ Convention عندما انشأوا لجنة الأمن العام «Comitd de Salut public» إنما كانوا يرضخون لما أملته الضرورة[١].

والفقه الدستورى الفرنسى يشير عند دراسة سوابق المادة ١٦ من الدســتور الحالى إلى سابقتين اتجه فيهما المشرع الدستورى الفرنسى إلى تنظــيم حالــة الضــرورة . ورغم أن الفقه الفرنسى ليس على اتفاق كامل بالنســبة للسابقة الثانية فى الترتيب الذى سندرسها به إلا أننا على أى حال سنقوم بدراستهما فى مبحثين متتاليين .

المبحث الأول

السابقة الأولى

تتمثل هذه السابقة فى المادة ٩٢ من دستور السنة الثامنة (دستور ١٣ديسمبر ١٧٩٩) والتى كان يجرى نصها على النحو التالى :

---

(1) Jean Lamarque : La Théorie De La Nécessité Et L'Article 16 De La Constitution De 1958, R. D. P. 1961, P. 596.

«Dans le cas de révolte à main armée ou de troubles qui menacent la sûreté de l`Etat, la loi peut suspender, dans les lieux et pour le temps qu`elle détermine, l`empire de la constitution. Cette suspension peut étre provisoririement declarée dans les mémes par un arrêtédu Gouvernement le crops legislative étant wn vacance, pourvu que ce corps soit convoqué au plus court terme par un article du même arété».

ولا شـــك أن هـــذه المادة تضع تنظيما لا شبهة فيه لمواجهة حالة الضـــرورة ذلك إنها تجيز للقانون العادى بل ولقرار إدارى إيقاف الدستور علـــى نحو مؤقت وذلك فى حالة الثورة المسلحة أو الاضطرابات التى تهدد سلامة الدولة .

وإذا كـــان الأصـــل أن هـــذا الإيقاف المؤقت لأحكام الدستور يكون بقـــانون ، فإنه يجوز أن يحدث ذلك بقرار من الحكومة إذا كان البرلمان فى حالـــة عطلة وذلك شريطة أن يدعى البرلمان للاجتماع فى أقرب وقت ممكن وأن يكـــون دعوتـــه فى نفس القرار الذى أوقف سريان الدستور وذلك لكى يعرض عليه ذلك القرار .

ويـــرى العلامة دوجى أن هذه المادة هى التى تمثل السابقة الوحيدة الـــتى نظم فيها دستور فرنسى إصدار لوائح تقتضيها الضرورة[1]_ ذلك أنه يـــنكر كما سنرى ما يذهب بعض الفقه إلى اعتباره سابقة ثانية والتى تتمثل فـــى م١٤ مـــن دســـتور ١٨١٤ - الحقيقة أن هذه المادة من دستور السنة الثامنة تعطى السلطة التنفيذية نطاقا واسعا للحركة والتصرف فهى تستطيع

---

(1) L. Dugrit : Traité: Traité de droit constitutionnel 3 ed . t. 111. P. 748 .

أن تطلــب من البرلمان إذا كان قائما إيقاف الدستور كله أو بعض مواده ، فــى كـل البلاد أو فى جزء منها ، وتستطيع الحكومة نفسها بقرار منها أن تفعـل الشئ نفسه إذا كان البرلمان غير منعقد بشرط أن تدعوه للانعقاد فى نفــس قــرارها الــذى أوقفت به الدستور . وإذا كان النص يلزم الحكومة بدعــوة البرلمان فى نفس قرارها الذى أوقفت به الدستور إلا أن النص لم يحدد مدة يوجب انعقاد البرلمان فيها ، فقد يكتفى القرار بالإشارة إلى دعوة الــبرلمان بعــد يــوم أو أسبوع أو شهر ذلك أن النص لم يحدد وقتا معينا واكــتفى بعبارة «أقصر وقت» ومن الممكن فى ظل الظروف الاستثنائية أن تفسر هذا العبارة تفسيرات متعددة .

كذلك فإن النص اطلق يد السلطة فيما تتخذه من إجراءات ولم يضع على تلك السلطة قيودا من أى نوع يكون .

ويلاحظ الفقه الفرنسى أنه رغم هذه السلطة الواسعة فإن نابليون – رغم ما كان الدستور يمنحه له من سلطات ضخمة – لم يتردد أن يحل محل الأجهــزة التشــريعيى وأن يشــرع باستمرار عن طريق المراسيم فى أمور يحول الدستور صراحة دون تنظيمها بمثل هذه الأداة[1].

---

(1) Larmarque : op. cit., p. 599.

المبحث الثانى

السابقة الثانية

تتمـــثل هــذه الســـابقة فى نص المادة ١٤ من دستور - أو ميثاق «La Charte de 1814» ســـنة ١٨١٤ . والـــتى كان نصها يجرى على النحو الآتى :

«Le Roi est le chef supreme de l'Etat, il commande les forces de terre et mer. declare la guerre fait les traits de paix, d'alliance et de commerce, mounne à tous les employs d'administration public-que et fait les réglements et c\ordonnances necessaries pour l'exécution. Des lois et la sûreté de l'Etat» .

والعـــبارة الأخيرة فى هذه المادة هى التى جذبت انتباه بعض الفقه إليها باعتبارها من سوابق تنظيم حالة الضرورة دستوريا .

ومـــن المعروف أن دستور سنة ١٨١٤ كان دستوراً رجعيا صاحب عودة الملكية فى فرنسا بعد هزيمة نابليون ونفيه .

وكـــان أول وآخر دستور فى فرنسا يصدر على صورة منحة ، وإن كـــان فى حقيقته لا يمثل من المنحة شيئا ذلك أن لويس الثامن عشر عندما أعـــيد مـــن مـــنفاه وجد الدستور معدا من قبل الحكومة المؤقتة التى كانت موجـــودة آنـــذاك وقام بتوقيعه كما وجده ، ولا يغير من هذه الحقيقة شيئا وجود العبارة الآتية فى تصدير الدستور «أننا بمقتضى إرادتنا الملكية الحرة نمنح شعبنا الدستور الآتى نصه ...» ذلك أن لويس الثامن عشر لم يعد من

منفاه إلا وهو يعلم سلفا أنه سيوقع على الدستور الذى كان قد أعد فعلا[١].

وقد كانت هذه المادة وبالذات عبارتها الأخيرة هى التى استند إليها الملك شارل العاشر – فى ٢٥ يولية ١٨٣٠ – واعتمادا على ما تقتضيه ضرورة السلامة العامة «la sûrete de l`Etat» لإصدار المراسيم الأربعة المشهورة التى ألغت حرية الصحافة ، وحلت مجلسا حديث الانتخاب قبل أن يجتمع ، وحرمت بعض الطوائف من حقها الانتخابى – تلك المراسيم التى كانت السبب المباشر لاندلاع ثورة ١٨٣٠[٢] التى أطاحت بدستور ١٨١٤ .

وقد تساءل الفقه – خاصة فى غياب كل عمل تحضيرى لتلك المادة – عما إذا كانت تعطى الملك حق الحلول محل السلطة التشريعية بحيث يملك أن يصدر هذه المراسيم إليها والتى يشك فى أن السلطة التشريعية نفسها تملك إصدار مثلها .

ويرى Dugut أن هذه المادة وإن عبارة I.a sûreté de l`Etat بالذات لم تكن تعط الملك غير الحق فى إصدار لوائح البوليس العامة[٣]وأن العبارة الأخيرة من المادة ١٤ المشار إليها لم يكن يقصد من ورائها غير إعطاء الحكومة الحق فى إصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بصفة عامة إلى جوار الحق فى إصدار لوائح الضبط .

والحقيقة أن هذه المادة يجب أن تفسر فيما يرى جانب من الفقه

---

(1) M. Prelot : Institutions Politiques et Droit Constituionnel, Dalloz 3 ed. 1963 p. 363-364.

(2) J. lamargue : op. cit ., p. 599.

(٣) دوجى : المرجع السابق الإشارة إليه ص٧٤٨ .

الفرنســـى على ضوء التكييف العام لدستور عام ١٨١٤ وما إذا كان منحة مـــن الملك - كما يبين من شكل إصداره - أم أنه فى الحقيقة والواقع غير ذلك(١).

فـــإذا أخذنـــا بالتفسير القائل بأن الدستور كان منحة من الملك فإنه يمكـــن أن يقال أن الملك احتفظ لنفسه بمقتضى هذه المادة والعبارة الأخيرة مـــنها بالذات بحق إصدار لوائح الضرورة وبأن هذه العبارة فعلا تعتبر وفقا لهذا التفسير تنظيما دستوريا لحالة الضرورة .

أمـــا إذا أخذنا بالتفسير الآخر الذى يرى أن كون الدستور منحة لا يتعدى مجرد الشكل إلى الموضوع - على النحو الذى أشرنا إليه من قبل - فـــإن ذلـــك لابد وأن يؤدى بنا إلى الرأى الذى يقول به دوجى والغالبية فى الفقه الفرنسى والتى لا ترى فى تلك المادة تنظيما لحالة الضرورة ولا ترى فيها سندا سليما لإصدار لوائح الضرورة وتذهب بالتالى إلى بطلان مراسيم يولية ١٨٣٠ التى أصدرها شارل العاشر والتى سبق أن أشرنا إليها والتى كانـــت الســـبب المباشـــر فـــى ثـــورة ١٨٣٠ الـــتى ألغـــت تلك المراسيم وأطاحـــت بـــالملك بـــل وأســـقطت الدستور نفسه الذى كان يسمى «ميثاق ١٨١٤ la Charte de 1814» .

ولعله مما لا تخفى دلالته أن واضعى دستور ١٨٣٠ الذى حل محل دســـتور ١٨١٤ حرصـــوا على أن يضمنوه نص المادة الثالثة عشرة التى ذكـــرت صراحة أن - الملك يضع اللوائح والقرارات اللازمة لتنفيذ القوانين دون أن يؤدى ذلك بأية حال إلى إيقافها أو تعطيل نفاذها .

---

(1) L. Nizard : op. cit., p. 21.

وذلــك حتى تمتنع كل شبهة حول تفسير تلك المادة وحتى لا يمكن الاستناد إليها بأى حال باعتبارها تنظيما دستوريا لحالة الضرورة يبيح عند وقـــوع ظروف استثنائية الخروج على القانون أو على الدستور على النحو الــذى فســـر به شارل العاشر المادة الرابعة عشرة من ميثاق ١٨١٤ ذلك التفسير الذى أودى به وبالدستور جميعا .

الفصل الثانى

التنظيم الدستورى الحالى فى فرنسا لنظرية الضرورة (م١٦ من دستور أكتوبر ١٩٥٨)

المبحث الأول

تاريخ واصول النص الدستورى

يحسن بنا بادئ ذى بدء وقبل كل حديث عن المادة ١٦ أن نضع نص تلك المادة أمامنا حتى نتكلم بعد ذلك ونحن نعرف القضية الأساسية التى نبحثها ، ألا وهى ذلك النص الشهير الذى أوجد - كما قلت من قبل - حركة فقهية لم يسبقه إليها نص آخر[١].

نص المادة ١٦ من دستور ٤ أكتوبر ١٩٥٨ فى فرنسا :

Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'integrité de son territoire ou l'exécution de

---

(١) تعرضت لدراسة هذه المادة مباشرة رسالة دكتوراه هى رسالة

Michéle Voisset : L'Article 16 De La Constitution Du 4 Octobre 1958.

كذلك فإن رسالة **Paul Leroy** فى موضوع **L'Organisation Constitutionnelle Et Les Crises.**: والتى سبقت الإشارة إليها خصصت جزءا ضخما منها لدراسة المادة ١٦ ولا شك أيضا أن رسالة **Mlle Camus** والتى أشرنا إليها من قبل كانت المادة ١٦ من الأسباب الموجبة لها - هذا غير العديد من المقالات التى سنشير إلى بعضها فى دراستنا لهذه المادة .

ses engagements internationaux sont menacére d'une maniére grave et immediate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interompu, le president de la République prend les measures exigées par ces circonatances après consultation officielle du Premier Ministe., des presidents des Assemblées ainsi que du conseil constitutionnel.

Il eninforme La Nation par un message.

Ces measures doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission. Le Conseil Constitutionnel est consulté à leur sujet.

Le Parlement se réunit de plein droit.

L'Assmblée Nationale ne peut être dissoute pendant l'exercicedes pouvoirs exceotionnels.

هـذا هو نص المادة السادسة عشر من الدستور الفرنسى الحالى . وإذا جـاز لـنا أن نقـدم لها ترجمة عربية فإننا نقدمها مقربة على النحو التالى:

عـندما تكـون المؤسسات الجمهورية أو استقلال الأمة او سلامة أراضيها أو تنفيذ تعهداتها الدولية مهددة بخطر جسيم وحال ، وعندما يعاق السـير العـادى للسلطات الدستورية العامة – فإن رئيس الجمهورية يتخذ الإجـراءات الـتى تقتضيها هذه الظروف بعد المشاورة الرسمية مع رئيس مجلـس الـوزراء ورئـيس المجلسين (الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ) والمجلس الدستورى .

ويوجه بها بيانا إلى الشعب .

وهـــذه الإجـــراءات يجـــب أن تحركها الرغبة فى تمكين السلطات الدستورية العامة – فى أقصر وقت ممكن – من مباشرة مهامها .

ويستشار المجلس الدستورى بخصوص هذه الإجراءات .

ويجتمع البرلمان بقوة القانون .

ولا يمكن حل الجمعية الوطنية أثناء ممارسة السلطات الاستثنائية .

هـــذه هى المادة ١٦ من الدستور الفرنسى الحالى وهى لا صلة لها بالســـابقتين اللتين أشرنا إليهما ولا بالماضى الدستورى الفرنسى كله لا من حيث الصياغة ولا من حيث المدى الذى تذهب إليه .

ومـــن المعروف أن واضعى الدستور الفرنسى الحالى كانوا يهدفون – فـــيما يستهدفون بصفة عامة – إلى تقوية السلطة التنفيذية ولكن المادة ١٦ لم تكن تقصد إلى ذلك فحسب بل إنها تذهب إلى مدى أبعد ، كذلك فإنها لـــم تكن مجرد تنظيم إصدار لوائح الضرورة فى غيبة البرلمان على النحو الـــذى ذهب إليه الدستور الإيطالى فى يناير ١٩٤٨ أو ذهبت إليه الدساتير الألمانـــية القديمة – أو دستور ١٩٢٣ عندنا فى المادة ٤١ منه – إذ أنها تعد بمثابة تنظيم شامل يواجه فترات الأزمات مواجهة تختلف اختلافا جذريا عن المواجهات العادية .

يذهـــب الفقـــه الفرنسى فى جملته إلى أن المادة ١٦ من الدستور الحـــالى ترجع أساسا إلى إرادة الجنرال ديجول ورغبته أن يتضمن الدستور مـــثل هذا النص[1]، تلك الرغبة التى أبداها وأصر عليها ووصل بها – رغم

---

(1) Lamarque : op. cit., p. 604.

المعارضة العنيفة – إلى الغاية التى كان يقصد إليها والتى تمثلت فى ظهور تلك المادة فعلا فى دستور الجمهورية الخامسة .

وفى أعقاب الحرب العالمية الثانية ألقى الجنرال خطابا مشهورا يعرف باسم خطاب Bayeux – المنطقة التى ألقى فيها الخطاب – بتاريخ ١٦ يونية ١٩٥٦ أشار فيه إلى تصوراته لنظام الحكم فى فرنسا ، وإلى وضع رئيس الدولة فى ذلك النظام ، وكان ديجول يتصور أن يأتى رئيس الدولة فى قمة النظام باعتباره حكما قوميا arbiter national » فوق القوى والتنظيمات السياسية يحافظ على استمرار الدولة وسلامتها وسط العواصف والأنواء ، ولعله من المستحسن أن نورد بعض عبارات الجنرال فى هذا الخطاب التاريخى ذلك أن قراءة هذه العبارات توضح إلى أى مدى كانت أفكار وعبارات ديجول وراء صياغة المادة ١٦ .

يقول ديجول فى ذلك الخطاب :

«... au desus des contingences politiques soit etabli un arbitrage national qui fasse valoir la contimité au milieu des combinaisons.»

à lui, s'il, devait arriver que la partie fût en peril, le devoir pour la France, d'être le garant de l'indépendance nationale et des traiés conclus.

وقد دافع ديجول عن هذا الاتجاه وعن المشروع الأصلى للمادة ١٦ أمام اللجنة الدستورية الاستشارية «Le Comité consultative constitutionnel» بتاريخ ٨ أغسطس ١٩٥٨ مشيرا إلى الأزمات التى مرت بها فرنسا فى بداية الحرب العالمية الثانية وما حدث من فوضى دستورية ، ثم أشار أيضا إلى أزمة مايو ١٩٥٨ التى أطاحت بالجمهورية

الرابعة وكانت هى السبب المباشر لوضع الدستور الجديد وقيام الجمهورية الخامسة .

وقد تولى مسيو ميشيل دوبريه «Debré» - وزير العدل آنذاك - الدفـــاع عن وجهة نظر الجنرال أمام الجمعية العمومية لمجلس الدولة أثناء مراجعـــتها لصـــياغة مشـــروع الدستور وكرر نفس الأفكار وأضاف إليها المخاطر التى يواجهها العالم اليوم نتيجة التهديد النووى[١].

وقـــد وجدت أفكار ديجول التعبير الواضح عنها فى المادة الخامسة مـــن دســـتور أكـــتوبر ١٩٥٨ التى اعتبرت رئيس الدولة هو الساهر على احترام الدستور وهو الحامى للاستقلال الوطنى . والمادة ١٦ التى سنتولى دراستها بالتفصيل والتى تجعل منه فى وقت الخطر شبه حاكم مطلق .

وقـــد مـــرت صياغة المادة السادسة عشرة بخمس مراحل واضحة ففـــى المـــرحلة الأولى لم يكن النص يستلزم أخذ رأى المجلس الدستورى اكـــتفاء برأى رئيس مجلس الوزراء ورئيسى المجلسين ، كذلك فإن النص كان يقرر أن «البرلمان يجتمع عندما تسمح بذلك الظروف[٢].

«La Parlement es : réuni dés que les circonstances le permetten»

---

(١) راجع فى خصوص هذه التصريحات :

George Berlia : Le Président de la Repuciique Dans La Constitution De 1958 R.D.P. 1959 no. l. pp. 71-86.

كذلك انظر أيضا . L`Année politique 1958, p. 551. والعميد فيديل المرجع الســـابق الإشارة إليه ص٩١٨ ولاماك المقال السابق الإشارة إليه ٦٠٤ - ٦٠٥ والمجلة الفرنسية للعلوم السياسية (R.FSP.) لعام ١٩٥٩ ص١٨٨ .

(2) Nichéle Voisset : L'Article 16 De Le Constitution de 4 Octobre 1958, Annex 1.

وكـــان النص يواجه الخطر الذى يهدد الدولة من الخارج فقط دون الخطر الذى يهددها من الداخل .

وفـــى المـــرحلة الثانـــية أضيفت للنص ضرورة استشاره المجلس الدستورى .

وفـــى المـــرحلة الثالثة نص على أن البرلمان يجتمع بقوة القانون «de plein droit» إلا فـــى حالـــة القوة القاهرة sauf cas de force majeure وأضيفت للنص إضافة جديدة هامة أنه خلال ممارسة السلطات الاستثنائية المنصوص عليها فى تلك المادة لا يجوز حل الجمعية الوطنية .

وفـــى المـــرحلة الـــرابعة أجرى تعديل فى صدر المادة نفسها إذ لم يكتف بالخطر الجسيم والحال فحسب وإنما نص على ضرورة وجود تعويق للســـير العادى للسلطات الدستورية وفى المرحلة الخامسة والأخيرة رفعت عـــبارة «sauf cas de force majeure» مـــن البـــند الخاص باجتماع الـــبرلمان بقـــوة القـــانون ، وبذلـــك أصبح اجتماع البرلمان محتما فى كل الأحـــوال بغـــير استثناء ، وهكذا أخذ النص شكله الأخير وهو الشكل الذى أثبتناه فى صدر هذا المبحث .

المبحث الثانى

شروط تطبيق المادة ١٦

حـــتى يمكـــن العمل بالتنظيم الذى جاءت به المادة ١٦ من دستور أكـــتوبر ١٩٥٨ فإنـــه يجـــب أن تـــتوافر مجموعتان من الشروط : شروط موضوعية وشروط شكلية .

ونبحث كلا من هاتين المجموعتين فى فرع مستقل .

الفرع الأول

الشروط الموضوعية

لكى تتوافر الشروط الموضوعية لتطبيق النظام المنصوص عليه فى المادة ١٦ من الدستور فأن ذلك يقتضى تحقق أمرين معاً – مجتمعين لا منفصلين .

أولهما : وجود خطر جسيم وحال يهدد موضوعاً مما نصت عليه المادة .

ثانيهما : أن يؤدى ذلك الخطر إلى إعاقة السلطات العامة عن أدائها العادى لوظائفها .

ونعالج كلا من هذين الشرطين .

الشرط الموضوعى الأول : وجود خطر جسيم وحال يهدد المؤسسات الجمهورية أو استقلال الأمة أو سلامة أراضيها أو تنفيذ تعهداتها الخارجية. ويمكن أن يعبر عن هذا الشرط بوجود البلاد فى ظروف استثنائية ، هذه الظروف الاستثنائية هى التى تتمثل فى الواقع الذى يهدد المؤسسات والاستقلال ..

وعلى أى حال فإن الخطر الذى يجيز الرجوع إلى المادة ١٦ يجوز أن يكون خطرا خارجيا ويجوز أن يكون خطرا داخليا ويجوز أن يكون خطرا داخليا وخارجيا فى آن واحد .

ومـــن هذا يبين أن نوعية الخطر التى تجيز الرجوع إلى المادة ١٦ واســـتعمال مـــا تعطـــيه من سلطات واسعة لرئيس الجمهورية هى نوعية واســـعة . وقـــد كـــان الـــنص فى مراحله الأولى لا يتحدث إلا عن الخطر الخـــارجى فقـــط ولكنه فى مراحل لاحقه نص على الخطر الخارجى والخطر الداخلى معا(١). والخطر الذى يقع على المؤسسات الدستورية من الداخل قد يكون خطرا على نظام الحكم القائم أكثر منه خطرا على المؤسسات نفسها ، ولكـــن الـــتداخل بيـــن الأمريـــن يجعـــل من العسير التمييز بين خطر على المؤسســـة الدستورية نفسها وخطر على من يتولى وظيفة تلك المؤسسة . وهـــذا الاحـــتمال نفســـه كـــان يمكـــن تفاديه بالاكتفاء بالنص على الخطر الخـــارجى. ولكن الاكتفاء بالنص على الخطر الخارجى وحده لم يكن ليحقق صـــورة التنظـــيم الشامل لحالة الضرورة ، كذلك فإن ثمة حالات يكون من الصـــعب فـــيها اعتبار الخطر خارجيا أم داخليا ، فلو أن عملاء يعملون فى داخـــل الـــبلاد لتخريب مؤسساتها الدستورية لحساب دولة أجنبية فإن هذا الـــتهديد هـــو تهديد داخلى وخارجى فى آن معا . وإذا كان الأمر أمر خطر فإن التهديد الداخلى قد يكون فى حالات غير قليلة ليس أقل خطرا من تهديد خارجى بل وقد يفوقه أحيانا .

ومـــن هـــذا كله يبين أنه لم يكن من المجانب للصواب - وواضعوا الدســـتور بصـــدد تنظـــيم دستورى لحالة الضرورة - أن يشمل ذلك الخطر الداخلى والخطر الخارجى جميعا .

وحـــتى نستكمل الحديث عن ذلك الشرط الأول فإنه يتعين علينا أن نتعرض أولا لوصف الخطر أو كيفيه من ناحية كذلك للموضوع الذى يهدده

---

(1) Mlle Voisset : op. cit., pp. 14-15.

الخطر من ناحية أخرى .

أما وصف الخطر أو كيفه فهو أن يكون جسيما Crave وان يكون حالا immediate .

ومن الصعب تعريف الجسامة أو وضع معيار محدد لها محل اتفاق ولكن الواضح أن الخطر الجسيم يتعين أن يخرج عن إطار المخاطر المعتادة المستوقعة ، لكسى يكون الخطر جسيما يجب أن لا يكون من قبيل المخاطر العاديسة التى تتوقع فى حياة الدول سواء الخارجية أو الداخلية فى ظروف ومناسسبات كثسيرة فوجسود أزمة سياسية بين دولة وأخرى أو حتى سحب السسفراء أو قطسع العلاقسات الدبلوماسية لا يعتبر من المخاطر الجسيمة ، وإضسراب قطساع مسن الموظفين أو العمال ، أو ارتفاع الأسعار أو وقوع عسدوان مسسلح من قرية على قرية (بفرض إمكان حدوث مثل ذلك فى بلد كفرنسا) أو رفض البرلمان الموافقة على تشريع هام تقدمت به الحكومة أو عدم استطاعة الوزارة الاستقرار فى موقعها واستقالتها - كل تلك صور من المخاطر العادية المتوقعة التى لا يمكن أن توصف بالجسامة .

إن الخطر الجسيم هو خطر غير مألوف من حيث النوع وخطر كبير من حيث المدى.

كذلسك فسإن جسامة الخطر تتحدد أيضا بالموضوع الذى يهدده ذلك الخطر أو بعبارة أخرى بالمصلحة المهددة .

وقسد عسددت المادة ١٦ المصالح التى عندما يتهددها الخطر يمكن وصفة بأنه خطر جسيم .

فإذا كان الخطر يهدد مؤسسات الجمهورية ، كأن يهدد مرفق الأمن

- كمـــرفق عـــام جملـــة - أو أن يهدد الجيش - مرفق الدفاع - أو يهدد التنظـــيم الحـــزبى أو يهـــدد بتعطـــيل السلطة القضائية أو ما إلى ذلك من مؤسســـات فإنـــه بذلك يكون خطرا جسيما . أما إذا كان الخطر يهدد نقطة بولـــيس أو يهـــدد مطارا حربيا فرعيا أو ما إلى ذلك فإنه لا يمكن اعتباره خطـــرا مهـــددا لمؤسســـات الجمهورية ولا يمكن أن يعتبر خطرا جسيما . والخطـــر الـــذى يهـــدد حياة وزير أو حياة رئيس الوزراء ليس خطرا مما تعرض له هذه المادة ولكن الخطر الذى يتعرض له النظام البرلمانى كله أو النظام الجمهورى كله هو من قبيل الأخطار التى أراد النص مواجهتها.

ويمكـــن أن نقـــول : أن كـــل خطر غير مألوف وغير محدود يهدد موضـــوعا من الموضوعات التى ذكرتها المادة ١٦ : مؤسسات الجمهورية استقلال الوطن ، سلامة أراضيه ، تعهداته الدولية يعتبر خطرا جسيما .

ويجـــب أن يكون الخطر حالا أيضا immediate والخطر المحتمل الوقـــوع بعـــد فترة أو الخطر المستقبل لا يعد من قبيل الخطر الحال ، كذلك فـــإن الخطـــر الـــذى وقع وانتهى لا يثير جدلا وإنما ينقلب إلى واقع يرتب آثارا.

يجب أن يكون الخطر قد بدأ فعلا أو وشيك الوقوع ويتعين أن يكون لم ينته بعد .

وإذا جـــاز لفقه القانون الجنائى أن يتحدث عن «الخطر التصورى» الـــذى يقـــوم فـــى نفس الفرد فإن الحديث عن مثل هذا الخطر الموهوم أو المتصـــور لـــدى الـــدول أمر غير مستساغ ، ذلك أن الخطر يجب أن يكون محققـــا جسيما وحالا ومهددا موضوعا من الموضوعات التى تحدثت عنها المادة ١٦ من الدستور لكى يجيز - إذا تحقق الشرط التالى الذى ننتقل إلى

دراسته الآن - الرجوع إلى النظام الاستثنائى الذى وضعته المادة ١٦ تطبيقا لنظرية الضرورة .

الشرط الموضوعى الثانى : أن يؤدى ذلك الخطر - الذى تحدثنا عنه - إلى إعاقة السلطات العامة الدستورية عن أدائها لوظائفها العادية . والحقيقة أن هذا الشرط بدوره فيه تحديد لوصف الخطر بالجسامة فالخطر عندما يصل إلى حد إعاقة السلطات الدستورية العامة عن أدائها لوظائفها يعتبر من غير شك خطرا جسيما . وهذا الشرط لم يكن موجودا فى الصياغة الأولى للمادة ووضعته اللجنة الاستشارية الدستورية من أجل محاولة ضبط المادة وتحديد نطاقها .

وقد تحدثت اللجنة الاستشارية الدستورية عن «السلطات العامة» ولكن الجمعية العمومية لمجلس الدولة فى مرحلة نظرها للمشروع هى التى أضافت وصف «الدستورية» كمحاولة لمزيد من الضبط ، وكان الاتجاه فى المجلس إلى تفسير عبارة السلطات العامة الدستورية pouvoirs publics constitutionnels بأنها هى السلطات التى تحدث عنها الدستور[1]- (رئيس الجمهورية والوزراء - البرلمان - السلطة القضائية).

وقد تردد الفقه فى تفسير لهذا الشرط بين نوع من التفسير الضيق ونوع من التفسير الواسع .

والتفسير الضيق يقتضى لكى يتحقق هذا الشرط أن يكون هناك توقف مادى «interruption materielle» لوظائف السلطات العامة الدستورية . ويقف العميد Vedel على رأس الذين يأخذون بهذا التفسير

(1) Mlle Voisset : op. cit., p. 29, «pouvoirs publics prévus par la constitution».

الضـــيق ، فلكـــى يقـــال أن الشـــرط متحقق يتعين أن يكون البرلمان غير مستطيع الاجتماع أو أن تكون الحكومة قد تشتت ، أما إذا كان البرلمان من ناحية والحكومة من ناحية أخرى يستطيعان ، أن يقوما بعملهما فإن اللجوء إلى المادة ١٦ يكون غير دستورى .

«... les chambers ne sont plus en état de siéger ... le Gouvern-ment est disperse ... l'article 16 ne saurait jouer sans inconstitutionn-alité tant que le Parlement et le Gouvernement sont en état de remplir leurs functions»[١] .

ويبدو أن الفقيه Burdeau هو أيضا من نفس رأى العميد Vedei وأن اســـتعمل عـــبارات أخـــرى ذلك أنه يرى أن الأمر يقتضى للرجوع إلى ســـلطات المـــادة ١٦ لـــيس مجرد الظروف الاستثنائية المتمثلة فى الخطر الجســـيم الحـــال وإنما يتعين أن يكون هناك «عجز لدى أجهزة الدولة عن القـــيام بوظائفها»[٢] - وكلمة «عجز impuissance هى التى تدعونا إلى اعتبار أن بيرود من الذين يأخذون بالتفسير الضيق لهذا الشرط .

إلا أن اتجاها آخر فى الفقه الفرنسى يأخذ بتفسير آخر أكثر مرونة وأكـــثر اتساعا من التفسير السابق لهذا الشرط ، ويعتمد هذا التفسير المرن علـــى كلمـــة «regulier» الـــواردة فى النص و ذلك أن معنى ورود هذه الكلمة هو أن النص يكتفى للقول بقيام هذا الشرط أن يكون «السير العادى»

(1) G. Vedel : Droit Constitutionnel et institutions politiques 1959/60, p. 855.

(2) G. Burdeau : Droi Constitutionnel et institution Politiques 15 ed. 1972, p. 604 «Il faut» qu'elles (les circonstances exeptionnelles) s'accmpanent de l'imprissance des orgabes de l'Etat à remplir leurfonction».

لوظـائف السلطات العامة هو الذى أصابه التعويق ، أن تكون تلك السلطات لا تستطيع المباشرة العادية regulier لوظائفها ولكن ذلك لا يعنى التوقف المـادى علـى هـذا النحو الذى ذهب إليه فيديل أو العجز على النحو الذى ذهب إليه بيردو . أن التعويق على السير العادى لا يمنع السير بصعوبة[١].

ويذهـب لامـارك[٢] - بحق فيما نرى - إلى أن التفسير الضيق لا يـتفق مـع ما اقتضاه النص من أنه عندما يعلن اللجوء إلى التنظيم الذى وضـعته المـادة ١٦ فإن البرلمان يجب أن يجتمع بقوة القانون . ذلك ان اجـتماع البرلمان بقوة القانون يعنى بالضرورة أنه ليس فى حالة عجز ولا فـى حالة توقف مادى عن مباشرته لها وإن جاز أن يقال أن هناك قدر من التعويق عن المباشرة العادية لهذه الوظائف .

كذلـك فإن تساؤلا يرد هنا مفاده هل يقصد النص أن يكون التعويق عـن السـير العـادى لنشـاط الوظـائف العامة شاملا لكل سلطات الدولة الدستورية أم أنه يكفى أن يتعلق ذلك بواحدة منها فقط ؟

الحقيقة أن صياغة النص لا تقطع بأى من التفسيرين ، وقد يقال أن عـبارة «السـلطات العامة الدستورية» وردت فى صيغة الجمع مما يستفاد منه أن النص يقتضى تعويق السير العادى للسلطات العامة الدستورية كلها، ولكـنا نرى أن اقتضاء الشرط على هذا النحو قد يعنى من الناحية العملية تعطيل نص المادة السادسة عشرة تماما .

والأصـل فى إرادة الشارع الدستورى أنها وضعت لاحتمال أعمالها

---

(1) ...Mlle Voisset : op. cit., p. 32, «Le terme determinant est l'adjecif «regulier».

(2) Larnarque : op. cit., p. 610.

إذا اقتضت الظروف ذلك ولهذا فإننا نرى أن توقف السير العادى لواحدة من السلطات الدستورية العامة يكفى للقول بتوافر الشرط الموضوعى الثانى.

وهذان الشرطان الموضوعيان - شرط الخطر الجسيم الحال الذى يتهدد أحد الموضوعات التى عددها النص والذى يصاحبه فى نفس الوقت توقف السلطات العامة الدستورية كلها أو بعضها عن مباشرة وظائفها على نحو عادى - يجب أن يجتمعا معا ولا يكفى أن يقوم أحدهما فقط لإمكان الرجوع إلى التنظيم الاستثنائى الذى أقامته المادة ١٦ من الدستور الفرنسى.

ولكن من الذى يقدر توافر هذين الشرطين ؟ شبهة أن رئيس الجمهورية هو الذى يقدر توافر هذين الشرطين أو عدم توافرهما ، ذلك أنه هو الجهاز الذى ناط به الدستور إعلان الرجوع إلى المادة ١٦ بعد استيفاء بعض الشروط الشكلية التى سننتقل إلى دراستها .

كذلك فإننا سنرى فيما بعد ما إذا كان قرار رئيس الجمهورية فى هذا الشأن يخضع لأى نوع من الرقابة أم لا يخضع لرقابة فقط .

الفرع الثانى

الشروط الشكلية

لابد من أتباع بعض الإجراءات الشكلية التى حددتها المادة ١٦ - بعد أن يكون رئيس الجمهورية قد قدر أن الشروط الموضوعية للرجوع إلى

ذلــك الــنظام الاستثنائى قد توافرت – وهذه الإجراءات أو الشروط الشكلية تتمثل فى مسائل ثلاث :

أولا : أخذ راى بعض الشخصيات السياسية .

ثانيا : أخذ رأى المجلس الدستورى .

ثالثا : توجيه رسالة إلى الأمة .

الشرط الشكلى الأول :

نصت المادة ١٦ أن رئيس الجمهورية – قبل أن يعلن الرجوع إلى هــذه المادة – يستشير بصفة رسمية **après consultations officielle** رئيس الوزراء ورئيس الجمعية الوطنية ورئيس مجلس الشيوخ .

ولكــن الــنص لــم يحــدد طريقة معينة لهذه الاستشارة إلا كونها «رســمية» ، ويتســاءل الفقه[1] عما إذا كان ذلك يعنى أن يكون رأى هؤلاء فيما يريد أن يعرفه رئيس الجمهورية مكتوبا أم أن الاستشارة يمكن أن تتم شــفويا . والحقيقة أنه فى حالة سكوت النص فإن مفهوم الاستشارة يعنى نوعا من الحوار وتبادل الرأى والأصل فى ذلك أن يكون شفويا ، كذلك فإنه لا ضــرورة لإعــلان نتــيجة ما انتهى إليه الرأى وإنما يكتفى فى الإعلان الخــاص بالــرجوع إلى المادة ١٦ أن رأى الشخصيات التى اقتضت المادة الرجوع إليها قد أخذ وأن مشاورتهم قد تمت .

ورئيس الجمهورية ليس ملزما – باتفاق الفقه وكما هو واضح من النص – باتباع الرأى الذى يشير به عليه أى من هؤلاء الثلاثة وإنما تقدير

---

(1) Mlle Voisset : op. cit., p. 51.

الأمر فى النهاية متروك له تماما إذ أنه على حد تعبير ديفيرجيه[١]

«En definitive, le chef de l'Etat est donc seul juge de l'usage de l'article 16, il decide seul dans ce domaine en tout liberté».

كذلـــك فإنـــه إذا كان الأصل فى النظام البرلمانى أن يوقع الوزراء المســئولون إلـــى جوار توقيع رئيس الدولة على كل قراراته فإن الدستور الفرنســـى لا يقتضـــى توقـــيع أحد إلى جوار رئيس الجمهورية على إعلان العمـــل بالـــنظام الاستثنائى الذى أوجدته المادة ١٦ لا من الوزراء ولا من غـــيرهم – وعلـــى ذلـــك فإن توقيع رئيس الوزراء كذلك توقيعات رئيسى الجمعـــية الوطنـــية ومجلس الشيوخ غير مطلوبين على الإعلان الدستورى الذى يصدره رئيس الجمهورية فى هذا الشأن بتوقيعه وحده[٢].

الشرط الشكلى الثانى :

وهـــو الشـــرط الذى يتعلق بأخذ رأى المجلس الدستورى . وقد مر هذا بعدة مراحل عند صياغة نص المادة ١٦، ذلك أنه لم يكن موجودا أصلا فـــى الـــبداية ، ثم وجد بعد ذلك وفى مرحلة لاحقة من صياغة النص بحيث كان لا يفهم منه على سبيل الحتم ضرورة استشارة المجلس قبل إعلان ذلك النظام الاستثنائى .

وبعـــد ذلك جرت محاولات فى الجمعية الاستشارية الدستورية لجعل رأى المجلـــس الدســـتورى ملزما ولكن تلك المحاولات لم يقدر لها النجاح تأسيسا على أن الجانب السياسى فى الموضوع أوضح من الجانب القانونى

(1) M. Duverager : La V Republique, Paris 1968, p. 56-57.
(2) Lamarque : op. cit., p. 612.

فـــيه ، والمجلس بطبيعة الحال سيدلى برأى قانونى ، كذلك فإن منطق حالة الضرورة التى ينظمها هذا النص لا يتفق مع مثل هذا الإجراء الإلزامى[١].

وعلـــى ذلـــك فقـــد ظهر النص أخيرا على أساس أن رأى المجلس الدســـتورى هو بدوره رأى استشارى محض غير ملزم لرئيس الدولة وهو يتخذ قراره .

إلا أن رأى المجلـــس الدســـتورى فـــى هذا الصدد يختلف مع ذلك اخـــتلافا أساســـيا عـــن رأى الشخصيات السياسية التى يقتضى النص أخذ رأيها.

وهـــذا الاخـــتلاف يرجع إلى ما اقتضاه نص المادة ٥٣ من القانون الأساســـى «loi organique» [٢] الخاص بالمجلس الدستورى الصادر فى ٧ نوفمـــبر ١٩٥٨ مـــن ضـــرورة أن يكـــون رأى مجلس الدولة «مسببا ومنشورا motive et publie

ولا شـــك أن أى رئيس جمهورية فى فرنسا – مهما كانت قوته فى نظـــر الـــرأى العام – لا يستطيع أن يتجاهل رأيا مسببا للمجلس الدستورى سينشـــر على الناس . فإذا انتهى المجلس إلى أن شرائط تطبيق المادة ١٦ غير متوافرة فإن رئيس الجمهورية يرتكب مخاطرة ضخمة إذا هو أعلن مع ذلـــك الرجوع إلى النظام الاستثنائى الذى تقيمه تلك المادة ، ذلك على حين

---

(١) انظر تطورات صياغة هذا الشرط فى رسالة Mlle Voisset السابق الإشارة إليها ص٤٣ وما بعدها .

(٢) وهى قوانين أعلى مرتبة من القوانين العادية وتأتى فى مرتبة بينها وبين الدستور ولها إجراءات خاصة فى طريقة وضعها .

أن نشـــر رأى المجلـــس الدستورى بالموافقة على الرجوع إلى ذلك النظام يقوى من غير شك من قرار رئيس الجمهورية فى مواجهة الرأى العام .

والحقـــيقة أن اقتضـــاء إعلان رأى المجلس الدستورى على الناس وأن يكـــون ذلـــك الإعلان مسببا يحمل نوعا من الرقابة الواقعية على قرار رئـــيس الدولـــة فـــى هذا الشأن . ونقول الرقابة الواقعية لأنه من الناحية القانونـــية البحـــتة فـــإن رئيس الجمهورية غير ملزم بإتباع رأى المجلس الدســـتورى ، ولكن من الناحية الواقعية فإن الأمر يبدو على خلاف ذلك إذ أن لجـــوء رئـــيس الجمهوريـــة إلى النظام الاستثنائى المنصوص عليه فى المادة ١٦ على خلاف رأى المجلس المسبب والمعلن للناس سيجعل رئيس الجمهوريـــة فـــى موقف بالغ الضعف[(١)] أمام الرأى العام ، والرأى العام فى فرنسا قوة لها وزنها التى لا يمكن الاستهانة بها .

أثر القوة القاهرة على ضرورة توافر هذين الشرطين :

مـــن الطبـــيعى ونحـــن بصدد تنظيم لحالة الضرورة والأمر يتعلق بظروف استثنائية صعبة أن يثور التساؤل حول أثر القوة القاهرة «force majeure» على ضرورة هذه الاستشارات .

بعـــبارة أخـــرى هـــل تستطيع القوة القاهرة أن تكون سببا لإعفاء رئـــيس الجمهورية من هذه المشاورات بحيث يعلن وحده – دون أخذ رأى رئـــيس الوزراء أو رئيس المجلسين أو المجلس الدستورى – الرجوع إلى النظام الاستثنائى المنصوص عليه فى المادة ١٦ لمواجهة حالة الضرورة ؟

---

(١) من هذا الرأى أيضا Lamarque فى مقاله السابق الإشارة إليه ص٦١٣ .

يجيــب العمــيد Vedel[١] علــى ذلك بالإيجاب ذاهبا إلى أن القوة القاهــرة تعفى من هذه الاستشارات طالما أن ذلك يصبح من غير انممكن ، إذ أنه من المتصور أن يؤدى الخطر إلى هروب رئيس الوزراء مثلا أو إلى عــدم إمكان العثور على أحد رئيسى المجلسين أو من يحل محله فى الوقت الملائــم ويخشــى إذا تراخى الأمر أن يعم الخطر ويصبح من المتعذر دفعه وقــد خطر فى ذهن البعض افتراض أخذ أعضاء المجلس الدستورى رهائن أو حبســهم[٢]، بل أن القوة القاهرة نفسها قد تجعل رئيس الدولة فى وضع يستحيل معه فيه الاتصال بمن أوجبت المادة استشارتهم . فى هذه الحالة – حالة القوة القاهرة – يبدو أنه مما يفوت الحكمة الدستورية المقصودة ومما يتناقض مع منطق الضرورة أن يقال بضرورة التمسك بتلك الاستشارات قبل إعلان قيام النظام المنصوص عليه فى المادة ١٦ .

الشرط الثالث : توجيه رسالة إلى الأمة :

الحقيقة أن اعتبار هذا الإجراء من قبيل الشرط الشكلى محل نظر ، وبعض الفقه يذهب إلى اعتباره كذلك[٣]، على حين أن آخرين لا يرون نفس الرأى[٤].

والواقع أن هذه الرسالة هى إجراء ضرورى ، ولكنها إجراء يقصد مــنه إعلام الأمة بالقرار ومن ثم فإن هذه الرسالة لا يتصور توجيهها إلى الأمــة من قبل رئيس الجمهورية إلا بعد اتخاذ قرار الرجوع إلى المادة ١٦

---

(1) G. Vedel : Cours de droit Constitutionnel (les cours de droit) 1959/60, p. 916 et s.
(2) Mlle Voisset : op. cit., P. 54.
(3) Mlle Camus : op. cit., p. 270.
(4) Lamarque : op. cit., p. 614.

فعــلا ومـــن ثم فإن توجيه هذه الرسالة لا يمكن اعتباره من قبيل الشروط الشــكلية اللازمة قبل الرجوع إلى المادة ١٦ - وهذا هو مفهوم الشروط - ولكـــنها إجراء لاحق يقصد به الإعلام والإعلان عن أمر تقرر اتخاذه فعلا ، كذلك - وعلى حد تعبير ديفيرجيه - فإن هذه الرسالة يمكن اعتبارها وسيلة قانونية لتبرير تصرف رئيس الجمهورية في نظر الرأى العام[1].

إلا أن هذه الرسالة إجراء لازم لابد منه على أى حال .

كذلــك ومـــن الطبـــيعى أن يعقـــب ذلك كله أن نشر القرار الصادر بالرجوع إلى النظام الاستثنائى الذى قررته المادة ١٦ فى الجريدة الرسمية. وهذا هو الذى حدث بالفعل فى السابقة الوحيدة التى حدث فيها اللجوء إلى تلك المادة فى فرنسا فى ٢٣ إبريل ١٩٦١ إذ نشر قرار رئيس الجمهورية ورأى المجلس الدستورى فى هذا الشأن فى الجريدة الرسمية فى وقت كان نظـــام المـــادة ١٦ قـــد بدأ نفاذه فعلا منذ بضع ساعات قبل صدور الجريدة الرسمية على نحو ما سنرى عند ما ندرس تلك السابقة فى مبحث لاحق .

المبحث الثالث

الآثار المترتبة على تطبيق المادة ١٦ على السلطات العامة

تمهيـــد :

الأثـــر المباشـــر الـــذى يترتب على تطبيق النظام الاستثنائى الذى تحدثـــت عـــنه المادة من دستور أكتوبر ١٩٥٨ فى فرنسا هو وضع سلطة

(1) Duverager : La V pepulique (pré cite) p. 56.

ضـــخمة فى شتى الميادين فى يد رئيس الجمهورية إلى المدى الذى يصبح فـــيه الحديث عن فصل السلطات ، أو استقلال بعضها عن بعض حديثا غير وارد ، ذلـــك أن الســـلطات توشـــك أن تتركز كلها فى يد رئيس الجمهورية بمقتضـــى هـــذه المـــادة الـــتى تعطيه الحق فى اتخاذ كافة الإجراءات التى تقتضـــيها ظـــروف الأزمة على أن تستهدف تلك الإجراءات عودة الأوضاع الدستورية العادية .

والواقـــع أن الفقه الفرنسى يوشك أن يجمع على أن النص فيه من الغمـــوض ومن الاتساع ما يسمح لرئيس الجمهورية بأن يصل بسلطته إلى أى مدى يريد ما دامت دون تعديل الدستور نفسه[1].

والحقيقة أن قيد عدم إمكانية تعديل الدستور مستفاد من نص المادة ١٦ نفسها التى تجعل غرض الإجراءات التى يتخذها رئيس الجمهورية فى مواجهته للازمة هو تمكن السلطات الدستورية من مباشرة مهامها .

وهذا الغرض يمكن أن يفسر تفسيرا مضيقا وتفسيرا آخر موسعا .

فالتفسير الضيق هو الذى يجعل هذه الإجراءات لا غرض لها سوى عـــودة السلطات العامة إلى مباشرة وظائفها بحيث أن كل إجراء لا يقصد مباشرة نحو تحقيق هذا الهدف يكون خارجا عن النطاق الذى حددته المادة ١٦ . والواقع أن مثل هذا التفسير لا يمكن أن يتفق لا مع أوضاع الظروف الاســـتثنائية الـــتى أوجبت العمل بتلك المادة ولا مع عبارة النص الواسعة نفسها .

---

(1) M. Duverger : Institutions politiques et Droit Constitutionnel vol. 2. paris 1971, p. 207 «Le president peut inter-venir dans tous les domains, suprimer tous les droits et garanties des citoyens, etc.» .

ومـن هـنا فـإن التفسـير الموسع - وهو الأكثر منطقية فى هذه الظـروف - يسـمح باتخاذ كل إجراء مهما كانت طبيعته ما دام يؤدى فى النهاية إلى تجاوز الأزمة وعودة الحياة الدستورية الطبيعية[١].

وتمشيا مع هذا التفسير الموسع فإن الأستاذ waline يذهب إلى أن رئيس الجمهورية يملك بمقتضى هذه المادة سلطات توشك أن تكون مطلقة «pouvois pratiquement à peu prés absolus» [٢].

ويقرر العميد فيديل بدوره أن رئيس الجمهورية يمسك بيده فى تلك الفترة وفى تلك المادة بكل سلطات الدولة[٣].

«Il (le president) est détenteur de tous les pouvoirs de l`Etat»

فـإن كان كذلك فإن الأمر يقتضى منا أن ندرس آثار العمل بالمادة ١٦ علـى كل سلطة من سلطات الدولة : التنفيذية والتشريعية والقضائية ، ثـم نشير فى النهاية إلى مدى سلطة رئيس الجمهورية فى ظل هذه المادة بالنسبة للدستور نفسه .

الفرع الأول

آثار تطبيق المادة ١٦ بالنسبة للسلطة التنفيذية

الأصـل أن الوظـيفة التنفـيذية وفقـا لدستور ١٩٥٨ فى فرنسا

---

(١) لامارك : المرجع السابق الإشارة إليه ص٦١٥ .

(2) M. Waline : Les rapports entre la loi et reglment avant et après la constitution de 1958. R. D. P. 1961, P . 709 .

(3) G. Vedel : Droit Constitutionnel et Institutions politiques 1958-59, p. 856.

يتقاسمها رئيس الجمهورية ورئيس الوزراء ومجلس الوزراء .

ورئيس الجمهورية يمارس الاختصاص الأساسى فى الشئون الخارجية من ناحية وفيما يتعلق بالدفاع والأمن القومى من ناحية أخرى .

ورئيس الوزراء يشترك مع رئيس الجمهورية فى المسائل المتعلقة بالدفاع .

كذلك فإن مجلس الوزراء له اختصاصات عندما ينعقد برئاسة رئيس الجمهورية ، وله اختصاصات عندما ينعقد بغير رئاسته وبرئاسة رئيس الوزراء .

وإعلان العمل بالمادة ١٦ لابد وأن يؤدى بطبيعة الحال إلى توسيع مدى السلطات التنفيذية التى يتمتع بها رئيس الجمهورية ، ومن المستقر فقهاً أن حالة الضرورة حتى بغير نص تؤدى إلى تركيز السلطة فى يد الجهاز الذى يباشر سلطات حالة الضرورة ، وهو فى العادة رئيس الدولة الذى هو رئيس الجهاز التنفيذى فيها والذى تأتمر بأمره مباشرة أجهزة القهر فى الدولة وبالذات القوات المسلحة وقوات الأمن .

وفى ظل دستور ١٩٥٨ يميز الفقهاء الفرنسيون بين ما يسمونه «pouvoir d`Etat» وما يطلقون عليه «pouvoir exécutif» وفى الأوقات العادية فإن رئيس الدولة وحده هو الذى يمارس الأولى – سلطة الدولة – على حين أن السلطة التنفيذية تتوزع بينه وبين الحكومة[١].

أما فى أوقات الأزمات وعندما يعلن العمل بالمادة ١٦ فإن رئيس

---

(1) G. Burdeau : La conseption du pouvoir. R.F.S.P. Mars 1959, p. 89.

الجمهورية يجمع النوعين جميعا فى يده .

وفى ظل العمل بهذا النظام الاستثنائى يستطيع رئيس الجمهورية أن يمـارس تلـك السلطة بالاشتراك مع رئيس الوزراء والوزراء ويستطيع أن يجمـع فـى يده منها ما يرى لزومه لمباشرة سلطاته ويستطيع أن يجمعها كلها .

بل وأكثر من ذلك فإن رئيس الجمهورية يستطيع فى ظل هذا النص واستـنادا إلى ما تقضى به الضرورة فى تلك الظروف الاستثنائية أن يباشر تلـك السـلطات مباشرة بحيث يتولى عمل رئيس الجمهورية وعمل رئيس الـوزراء ويخـتفى مؤقـتا منصب رئيس الوزراء ، بل وأكثر من ذلك فإنه يسـتطيع أيضـا أن يجمع فى يده فى تلك الفترة رئاسة الجمهورية ورئاسة الوزراء وعمل بعض الوزارات الأساسية فى الحكم كالدفاع والداخلية مثلا .

بـل أن الأمر قد يتجاوز ذلك ويصل إلى الوظيفة الإدارية نفسها ولا يقتصـر علـى وظيفة الحكم على النحو الذى أشرنا إليه ، ذلك أن الوظيفة الإداريـة فـى الأوقات العادية يتقاسمها أيضا رئيس الجمهورية الذى يملك سـلطة لائحية واسعة كما يملك سلطة كبيرة فى التعيينات الأساسية ، إلا أن الوظـيفة الإدارية – مع ذلك – تبقى أساسا فى يد رئيس الوزراء والوزراء فى الأوقات العادية .

ولكن فى أوقات الأزمات وعندما يعلن العمل بالمادة ١٦ فإن رئيس الجمهوريـة يسـتطيع أن يركـز فى يده إلى جوار سلطات الحكم الوظيفة الإدارية أيضا ويستطيع أن يصدر من القرارات الإدارية ما يكون الأصل فى

إصداره لرئيس الوزراء أو الوزراء[١].

وهكذا يبين أن الرجوع إلى النظام الاستثنائى الذى جاءت به المادة ١٦ لمواجهـــة حالات الأزمات تؤدى إلى تركيز الوظيفة الحكومية والوظيفة الإداريـــة جميعا فى يد رئيس الجمهورية بالقدر الذى يراه هو وعلى النحو الذى يقدر ضرورته وجدواه .

الفرع الثانى

آثار تطبيق المادة ١٦ بالنسبة للسلطة التشريعية

إذا كانـــت آثار تطبيق المادة ١٦ بالنسبة للسلطة التنفيذية لا تصدم الذهـــن لأنها لا تغير الواقع القائم قبلها تغييرا جذريا على اعتبار أن رئيس الدولـــة هو فى الأصل رئيس السلطة التنفيذية وله فى مجالها باع كبير فإن الأمر يبدو على خلاف ذلك بالنسبة للسلطة التشريعية .

والـــبرلمان – باعتـــباره صـــاحب ســـلطة التشريع الأصيل – يقوم بوظيفتين أساسيتين .

أولا : وظيفته فى مجال التشريع .

ثانيا : وظيفته فى الرقابة على السلطة التنفيذية .

وتطبـــيق النظام الاستشارى الذى تجئ به المادة ١٦ يؤثر على كل مـــن الوظيفيتين على النحو الذى سندرسه بعد قليل ، كذلك فإن العمل بهذا الـــنظام يـــؤدى مـــن ناحية أخرى وفقا لنص المادة ١٦ نفسها إلى أمرين

---

(١) راجـــع بخصـــوص ذلك كله رسالة Mlle Voisset من المادة ١٦ والمرجع التى أشارت إليها ص١٢١ – ١٢٦ .

يتعلقان بالبرلمان ذاته أى بالكيان البرلمانى نفسه وليس بوظائفه فحسب

أما أولهما فاجتماع البرلمان بقوة القانون .

وأما ثانيهما فهو عدم إمكانية حل الجمعية الوطنية .

وسندرس هذه المسائل الأربعة – ونبدأ بالأخيرتين منها باعتبارهما مستفادتين مباشرة من نص المادة ١٦ .

أولا : اجتماع البرلمان بقوة القانون .

تـنص الفقرة الرابعة من المادة ١٦ على أن يجتمع البرلمان بقوة القـانون «Le Parlement se réunit de plein droit» ومـراجعة الأعمـال التحضيرية تدل على أن نص المادة فى بدايته لم يكن يتضمن هذا الأمر على هذا النحو القاطع ثم كان هناك اقتراح من الأستاذ Waline يدعو إلى اجتماع البرلمان على عجل إلا إذا عاقه عائق مادى Le Parlement est reuni d'urgence, sauf emêchement materiel .

وبعـد ذلك اقترح أحد أعضاء اللجنة الاستشارية الدستورية – M. Gilbert Jules – أن يعـدل النص بحيث يصبح ، ويجتمع البرلمان بقوة القانون إلا فى حالة القوة القاهرة Le Parlement se reunissait de plein droit, sauf cas de force majeure .

ثـم انـتهى الأمـر بالـنص إلى الوضع ظهر به فى المادة ورفع الاسـتثناء الخـاص بحالـة القوة القاهرة على أساس أنه غير محتاج إلى تقريره بالنص عليه[١].

---

(١) راجع فى كل ذلك

La Documentation Française, 1960 «Avis et debats du Comité Consultatif», p. 128-129.

ولعلنا نلاحظ الفعل «réunit» الذى يفيد أن البرلمان يجتمع من تلقاء نفسه وبقوة القانون بمجرد إعلان العمل بالمادة ١٦ دون حاجة إلى قرار جمهورى بدعوة البرلمان إلى الاجتماع إذا كان فى حالة عطلة لدور انعقاد استثنائى . وعلى أى حال فإن المفهوم من نص المادة ١٦ ومن نص المادة ٣٠ من الدستور الفرنسى التى تتحدث عن حق رئيس الجمهورية فى دعوة البرلمان لأدوار انعقاد استثنائية بقرار منه «فى غير الحالات التى يجتمع فيها البرلمان بقوة القانون» أن اجتماع البرلمان يتعين مباشرته بمجرد العمل بالنظام المنصوص عليه فى المادة ١٦ ، وأن ذلك الاجتماع ليس فى حاجة إلى دعوة من رئيس الجمهورية .

بل أن ديفرجيه يذهب إلى أن هذا النص يلقى واجبا أوليا مفترضا على رئيس الجمهورية يدعوه إلى أن يستعمل سلطاته الاستثنائية لتمكين البرلمان من الاجتماع[1].

ويظل البرلمان منعقدا طوال فترة العمل بالمادة ١٦ بمعنى أن رئيس الجمهورية – الذى لم يتدخل فى دعوته للانعقاد – لا يستطيع أن ينهى دور انعقاده كما يستطيع أن يفعل بالنسبة للأدوار الاستثنائية ، كذلك فإن البرلمان لو كان فى دوره العادى وانتهى أجل ذلك الدور فإن البرلمان يستمر منعقدا رغم ذلك طالما أن النظام الاستثنائى المنصوص عليه فى المادة ١٦ ما زال قائما .

ثانيا : عدم إمكانية حل الجمعية الوطنية :

تقول الفقرة الخامسة من المادة السادسة عشر :

---

(1) M. Duverager : Institutions Politiques op. cit., p. 203.

«الجمعية الوطنية لا يمكن أن تحل - **L'Assemblé Nationale ne peut être dissoute**»

وهذه الفقرة لم تكن موجودة فى مشروع الدستور الذى أعدته اللجنة الحكومية وإنما اقترحته اللجنة الاستشارية الدستورية وقبلته الحكومة[١].

وعلى ذلك وطوال تطبيق نظام المادة ١٦ فإن رئيس الجمهورية لا يستطيع أن يحل الجمعية الوطنية .

ولكن يثور هنا تساؤل آخر : ألا يستطيع رئيس الجمهورية أن يحل الجمعية الوطنية ثم يلجأ بعد ذلك إلى إعلان العمل بالمادة ١٦ ؟

قد تكون بدايات الأزمة والظروف الاستثنائية أدت إلى صدام بين رئيس الجمهورية والجمعية الوطنية أدى بدوره إلى لجوء رئيس الجمهورية إلى حل الجمعية الوطنية . ولكن رئيس الدولة رأى أن الظروف تتفاقم أكثر وأن الأزمة تتصاعد وتهدد بخطر داهم أفلا يستطيع عندئذ - وقد سبق أن حل الجمعية الوطنية فعلا - أن يلجأ إلى إعلان تطبيق النظام الاستثنائى المنصوص عليه فى المادة ١٦ ؟

يقدم لنا التاريخ الدستورى للجمهورية الثالثة مثالا مقاربا ، ذلك أن المادة الثالثة من قانون ٣ أبريل ١٩٧٨ الخاص بإعلان الأحكام العرفية كانت تقرر أن رئيس الجمهورية لا يستطيع - فى غير حالة الحرب الخارجية - أن يعلن الأحكام العرفية ولو مؤقتا إذا كان مجلس النواب منحلا وإلى أن تنتهى الانتخابات الخاصة به تماما .

---

(١) الوثائق الفرنسية المشار إليها فى هامش رقم ٢١ ص١٣٠ .

ويذهب لامارك إلى ما يفيد أن القياس على هذه الحالة غير سليم ، إذ أن ذلـــك يتعارض مع الغرض الأساسى من المادة ١٦ التى وضعت لكى يســـتطيع رئـــيس الجمهورية أن يواجه بمقتضاها المخاطر الداهمة الحالة الأمر الذى لا يمكن معه الانتظار حتى إتمام الانتخابات(١).

ووفقـــا لهذا التفسير فإنه إذا كان رئيس الجمهورية لا يستطيع أن يحـــل الجمعية الوطنية أثناء العمل بالمادة ١٦ فإنه لا مانع يمنعه أن يعلن العمل بالمادة ١٦ فى وقت تكون فيه الجمعية الوطنية قد حلت فعلا .

يقول Lamarque

La phrase : «L'Assemblée Nationale ne peut : être dissoute pendant l'exercice des pouvoirs exceptionnels» ne signifie pas que «les pouvoirs exceptionnels ne pouvont pas étre exercés si l'Assmbée est dissoute».(٢)

ومـــن هـــذا يبين أن النص على عدم إمكانية حل الجمعية الوطنية أثـــناء اللجوء إلى السلطات المنصوص عليها فى المادة ١٦ ليس شرطا ذا أهمـــية كـــبرى ، وأن أهـــم مـــنه وأدعـــى إلى المحافظة على المؤسسات الدســـتورية فـــى أوقـــات الأزمـــات ما نصت عليه المادة ٧٧ من الدستور الإيطـــالى الحـــالى من ضرورة انعقاد المجلس النيابى فى ظرف خمسة أيام مـــن إعـــلان حالـــة الضـــرورة حتى ولو كان منحلا . ومعنى هذا أن يعود المجلـــس القديـــم – المـــنحل – للاجتماع الأمر الذى لم ينص عليه واضعو المادة ١٦ من الدستور الفرنسى .

---

(1) Lamarque : op. cit., p. 620.

(٢) لامارك نفس المرجع ونفس المكان .

علـــى أى حـــال هـــذان الأمران اللذان نصت عليهما المادة بالنسبة لكيان البرلمان ذاته فى فترة الأزمة :

فالبرلمان يجتمع بقوة القانون ومن تلقاء نفسه بمجرد إعلان تطبيق المادة ١٦ .

كذلـــك فإنـــه يمتنع على رئيس الجمهورية بعد إعلان العمل بها أن يلجأ إلى حل الجمعية الوطنية لأى سبب كان .

وبعـــد ذلك ننتقل إلى دراسة تأثير انطباق المادة ١٦ على الوظيفة التشـــريعية مـــن ناحـــية وعلـــى العلاقة بين البرلمان والحكومة من ناحية أخرى.

ثالثا : تأثير تطبيق المادة ١٦ على الوظيفة التشريعية :

تقـــول Mlle Camus فـــى رســـالتها عـــن «حالة الضرورة فى الديموقراطية» التى كثيرا ما أشرنا إليها فى القسم النظرى من هذه الدراسة «أن مباشـــرة الوظيفة التشريعية بواسطة الممارس لسلطات الضرورة تمثل فى الواقع القلب من هذه السلطات»[1].

وتقـــول فـــى مكان آخر فى هذا الصدد أيضا إننا لا نستطيع إلا أن تترك لتقدير الجهاز الذى يمارس سلطات الضرورة المدى الذى سيباشر فيه الوظـــيفة التشريعية دون تحديد سابق لهذا المدى الذى سيستند أساسا إلى ما تقتضيه مواجهة الضرورة وبقدر تلك الضرورة . وأن قطاعا عريضا من النظام القانونى سيصيبه اضطراب شديد ولكن هذا الاضطراب لا يدعونا إلى الـــتراجع عـــن مواجهة الضرورة أو إلى التفريط فى سلامة الدولة من أجل

---

(1) Mlle Camus : op. cit., p. 179.

الحفـــاظ علـــى الحـــدود بيـــن الســـلطات ، تلك الحدود المرسومة للأوقات العادية[١].

والفقـــه الفرنســـى فـــى جملـــته يرى أن تطبيق النظام الاستثنائى المنصوص عليه فى المادة ١٦ لابد وأن يؤدى إلى هذه النتيجة التى انتهت إليها الآنسة كامى .

يقول العميد فيديل أن رئيس الدولة يصبح بمقتضى هذه المادة :

detenteur de tous les pouvoirs de l'Etat pouvoir governmental, pouvoir legistatif»[٢].

وتثير Mlle Voisset فى رسالتها عن المادة ١٦ تساؤل حول ما إذا كـــان رئيس الجمهورية وفقا لما يذهب إليه الفقه – وأشرنا إليه – يملك أثناء تطبيق المادة ١٦ من الدستور الفرنسى سلطة التشريع كاملة .

وتجيـــب الكاتبة[٣]على هذا التساؤل بقولها أنه قبل وضع المادة ١٦ موضع التطبيق فى أبريل ١٩٦١ كان الظاهر أن اتجاه الفقه يذهب إلى ذلك أى إلـــى أن رئـــيس الجمهورية يتولى فى تلك الحالة وظيفة التشريع كاملة على اعتبار أن هناك ما يعوق السلطات الدستورية العامة عن أداء وظائفها العادية .

ولكن عندما حدث وطبقت المادة ١٦ عام ١٩٦١ وكان من الممكن للـــبرلمان أن يجـــتمع دون معوقـــات ثار التساؤل من جديد وكان هناك فى الإجابة عليه تفسيران :

---

(1) Mlle camus : op. cit., p. 186-287.
(2) Vedel L op. cit., p. 856.
(3) Mlle Voisset : op. cit., p. 105 et s.

تفســير رئــيس الجمهورية الذى كان يذهب إلى وجود ازدواج فى الوظــيفة التشــريعية يحدد مداه الغرض المقصود من التشريع ، فإذا كان المقصــود مــن التشريع هو اتخاذ إجراء من الإجراءات التى تحقق أهداف المادة ١٦ فإن التشريع فيها يكون لرئيس الجمهورية وحده .

«niesures prises ou à prendre en vertu de l'article 16»

وكــان تفسير رئيس الجمهورية يذهب إلى أن البرلمان يستطيع أن يناقش هذه الإجراءات ولكن ليس له أن يتخذ بشأنها قرارا ، فسلطة القرار فيها تكون بيد رئيس الجمهورية .

أمــا التفســير الآخــر الذى ذهب إليه جانب من الفقه ومعه رئيس مجلس الشيوخ فكان يتجه إلى أنه مادام البرلمان يستطيع أن يجتمع فإنه لا مــانع يمنعه من مباشرة وظيفته التشريعية سواء من حيث المناقشة أو من حيث اتخاذ القرار .

وتختم الآنسة Voisset عرضها لهذين التفسيرين والآراء المتصلة بهما بعبارة لها دلالة ضخمة فى نطاق نظرية الضرورية بخاصة وفى نطاق العلاقات الدستورية بعامة حيث تقول تعقيبا على هذه المناقشات :

«Mais on entre la dans les domaine des hypotheses. La repartition des competences entre le chef de l'Etat et les autres pouvoirs pubicse eventullement presents sera finalement fonction d'un rapport de forces comme il en toujours en matiére de droit constitutionnel. La personnalité du Chef de l'Etat, son audience auprés de l'opinion publique jouent ce domaine un role determinant au moins aussi grsnd que les prescriptions

juridiques».[1] .

والواقـــع أن ذلك صحيح جملة وتفصيلا رضينا به معشر الفقهاء أم لـــم نرض ، إذ الواقع أقوى من كل النظريات ، وإن كان ذلك لا يبرر للواقع مـــن ناحية أخرى أن يطمس الآراء والنظريات حتى وإن لم يأخذ بها أو لم يسر بمقتضاها .

والحقيقة أن تفسير الجنرال ديجول كان هو التفسير الذى سار عليه العمـــل لأن شخصـــية ديجول من ناحية ونظرة الرأى العام الفرنسى إليه – آنذاك – من ناحية أخرى ومرونة النص الدستورى – م١٦ – بل وغموضه مـــن ناحـــية ثالثة ووجود فقه مساند لهذا التفسير فى نظرية الضرورة من ناحـــية أخـــيرة – كـــل ذلك مكنه من أعمال تفسيره والأخذ به . وبذلك كان رئـــيس الجمهورية فى تلك الفترة هو المباشر الأساسى للوظيفة التشريعية إلـــى المـــدى الـــذى ثار به التساؤل هل كان يملك أن يوقف الدستور أو أن يعدله . وهو تساؤل سنعود إليه بعد قليل .

رابعا : تأثير تطبيق المادة ١٦ على وظيفة البرلمان الرقابية :

أو بعـــبارة أخـــرى أكثر اتساعا ما هو تأثير العمل بالمادة ١٦ على العلاقة بين الحكومة والبرلمان .

حســـم الـــنص الدستورى جانبا من هذه العلاقة عندما حرم السلطة التنفيذية من إمكانية حل الجمعية الوطنية أثناء العمل بتلك المادة الأمر الذى سبق أن عرضنا له .

ولكـــن الفقـــه أثـــار – على الجانب الاخر – أمرا لم يشر إليه نص

---

(1) Mlle Voisset : op. cit., p. 110.

المادة ١٦ وهو مدى جواز طرح الثقة بالحكومة أمام الجمعية الوطنية أثناء تطبيق المادة ١٦ ؟

يذهب جورج بيردو صراحة إلى أنه أثناء انطباق المادة ١٦ فإن الحكومة لا تستطيع حل الجمعية الوطنية كذلك وبالمقابل فإن الجمعية الوطنية لا تستطيع أن تسحب الثقة من الحكومة(١).

ويذهب أندريه هوريو إلى عكس ذلك تماما حيث يقرر أن رئيس الجمعية الوطنية عندما رفض أن يعرض على الجمعية اقتراحا بطرح الثقة، وأن رئيس الوزراء عندما رفض الإجابة على بعض الأسئلة المكتوبة المتعلقة بممارسة سلطات المادة ١٦ - يرى هوريو أن ذلك كله لا يمكن تبريره بناء على نص المادة ١٦ . ولعل ذلك يتفق مع ما يذهب إليه من أن انطباق المادة ١٦ لا يؤدى إلى وضع أى قيود على سلطات البرلمان العادية فى ظل تلك «الدكتاتورية المؤقتة » التى تقيمها المادة ١٦ على حد تعبيره(٢).

وإذا كان رأى بيردو من ناحية ورأى هوريو من ناحية أخرى يوضحان الخلاف فى الفقه حول الإجابة على هذا التساؤل المتعلق بحق الجمعية الوطنية بطرح الثقة فى الحكومة أثناء العمل بالمادة ١٦ من الدستور فإن الذى حدث فى الواقع هو رفض حق الجمعية الوطنية فى طرح الثقة بالحكومة فى تلك الفترة ، وقد علل رئيس الجمعية الوطنية ذلك الرأى بأنه يستند إلى ذلك التوازن الأساسى بين السلطات الذى أقامه الدستور ،

---

(1) G. Burdeau : Droit Constitutionnel Et Institutions Politiques 15e ed. Paris 1972, p. 606.

(2) A. Horriou : Droit Constitutionnel et Institutions Politiques 5ed Paris 1972, p. 842.

فــإذا كانــت الحكومة لا تستطيع أن تحل الجمعية الوطنية – فى ظل المادة ١٦ – فإن الجمعية الوطنية بالمقابل وفى ظل هذه المادة تفقد حقها المقرر فى الأوقات العادية ولا تستطيع بالتالى أن تطرح الثقة بالحكومة[١].

والحقيقة أن فترة الأزمة تحتاج أكثر ما تحتاج إلى تضافر السلطات العامة جميعا لا إلى تناحرها ، ذلك التناحر الذى يضعفها جميعا فى مواجهة الأزمــة والذى قد يؤدى إلى أن تعصف مخاطر الأزمة بكل شئ الأمر الذى وضعت المادة ١٦ لكى تتفاداه .

ولعل هذا هو الذى دفع الجنرال ديجول فى رسالته إلى البرلمان عند إعلان العمل بالمادة ١٦ فى أبريل ١٩٦١ أن يطلب منه معاونته ومساعدته لكى يمكن التغلب على الأزمة والخروج منها .

المبحث الرابع

أثر تطبيق المادة ١٦ على الدستور

رأيــنا أثــر تطبــيق المــادة ١٦ فــى نطــاق الوظيفتين التنفيذية والتشــريعية ويــبقى علينا الآن أن نتساءل عن أثر تطبيق المادة ١٦ على الدستور نفسه .

وبعبارة أخرى هل يستطيع رئيس الجمهورية فى ظل المادة ١٦ أن يوقف نفاذ الدستور ؟

ثم هل يستطيع ما هو أبعد من ذلك أن يعدل بعض أحكامه ؟

---

(١) أنظر رأى رئيس الجمعية الوطنية معروضا فى رسالة Mlle Voisset .

وأخيرا هل يستطيع - بدعوى الضرورة - أن يلغى الدستور جملة واحدة ؟

هذه أسئلة ثلاثة تتدرج فى الأهمية والخطورة . ولما كانت المادة ١٦ لا تقدم لنا إجابة على هذه الأسئلة فإن الفقه هو الذى حاول أن يتصدى لها .

أولا : إيقاف العمل ببعض مواد الدستور :

إذا كان الدستور يجعل من مبدأ الفصل بين السلطات فى الأوقات العادية مبدأ أساسيا حتى مع التسليم بان ذلك الفصل هو فصل مرن غير مطلق ، وإذا كان الدستور يضع حدودا للسلطة التنفيذية لا يجوز لها فى الأوقات العادية تجاوزها ، وإذا كان ينظم الوظيفة التشريعية على نحو معين - إذا كان ذلك كله صحيحا وكان اللجوء إلى النظام الاستثنائى الذى تقيمه المادة ١٦ يؤدى إلى تعديل تلك الأوضاع جميعا تعديلا على غير المقتضى الأصلى للدستور فإن ذلك يعنى ضمنا أن اللجوء إلى المادة ١٦ يؤدى بذاته إلى إيقاف العمل ببعض أحكام الدستور .

ويذهب Paul Leroy فى رسالته عن «التنظيم الدستورى للأزمات» إلى أن نص المادة ١٦ يعطى لرئيس الجمهورية أساسا يبيح له إيقاف تطبيق النصوص الدستورية . ثم يضيف إلى هذه العبارة التقريرية التساؤل الآتى :

En effet, qui osermer affirmer que lw suspension de l'application de dispositions constitutionnelles puisse n'être jamais exigé par les circonstances ? susceptible de repondre aux conditions générales d'edition des measures de crse, la suspension des norms constitu-

tionnelles est donc premises de crise.[١] .

والفقه فى جملته يوافق على هذا الاتجاه .

والواضـــح من عبارة العميد فيديل التى يقول فيها أن ظروف العمل فـــى ظـــل المـــادة ١٦ تعطى لرئيس الجمهورية إمكانيات وأوضاع لم تنظم دســـتوريا «prevues par la Costitution»[٢]- هـــذه العبارة تفيد فى معـــناها الواســـع - فـــيما تذهب إليه الآنسةVoisset ويؤيدها فيه إمكانية. إيقـــاف العمل ببعض نصوص الدستور وتخطيها إلى ما لم تتوقعه أو تنص عليه[٣].

بـــل أن أســـتاذا مـــثل Pinto يذهب إلى أنه أثناء فترة الأزمة التى تؤدى إلى تطبيق المادة ١٦ فإن ٩٩% من مواد الدستور يوقف العمل بها

«... La constitution est incontestablement suspendue dans ses quatre-vingt dix-neuf articles» [٤] .

وتذهـــب الآنسة Camus فى رسالتها عن الضرورة إلى أن طبيعة الضـــرورة ترفض كل قيد فى هذا الصدد ومن ثم فإنها توافق بدورها على أن الـــرجوع إلـــى المـــادة ١٦ يبـــيح إيقاف ما تبرر إيقافه من نصوص دســـتورية دون تحديـــد ، ومع ذلك فهى تفضل أن تتحدث عن إيقاف لبعض نصوص الدستور على أن تتحدث عن إيقاف الدستور

«...nous preferions parler de suspension de

---

(1)P. Leroy : L'Organisation Constitutionnellw Et Les Crises, Paris 1966, p. 219.
(2) Vedel : op. cit., p. 856.
(3) Mlle Voisset : op. cit., p. 80 .
(٤) مقال لـــ Pinto أشارت أليه الآنسة Voisset فى رسالتها ص٨١ هامش

certaines dispositoris constitutionelles plûtot que de suspension de la constitution.» [١] .

وهكذا نرى أنه من المنطقى فى ظل العمل بالمادة ١٦ إلتى هى فى ذاتهــا خــروج علــى المــبادئ الدستورية العامة ، والتى تحاول أن تنظم الســلطات الدســتورية فى فترات الأزمات ، وتحاول بطبيعة الحال أن تكون مــرنة إلـــى أبعد المدى لكى تستطيع أن تواجه أمورا هى بطبيعتها مجهولة سلفا ، ونرى أنه من المنطقى فى ظل هذه المادة جواز إيقاف العمل ببعض نصــوص الدستور ، بل أن هذا الإيقاف يبدو وكأن لا مندوحة عنه فى ظل الضرورة ، ولكن قيدا أساسيا لابد وأن يرد هنا ؛ بذلك القيد هو استفاد من قاعدة أن الضرورة تقدر بقدرها أو قاعدة التناسب بين ما تقتضيه الضرورة مــن خــروج على أحكام الدستور والمدى الذى يكفى فى هذا الصدد للتغلب على الأزمة .

تعديل بعض نصوص الدستور :

إذا كــان الفقــه فى جملته يرى أن لا مناص من التسليم فى حالات الظــروف الاســتثنائية التى تدعو إلى تطبيق المادة ١٦ من إمكانية إيقاف العمل ببعض نصوص الدستور فإن الفقه فيما يتعلق بإمكانية تعديل الدستور يأخذ موقفا آخر .

وقــد كــان الفقيه الفرنسى كاريه دى مالبرج يذهب إلى أن إيقاف بعض أحكام الدستور هو نوع من تعديله والحقيقة أنه من الناحية المنطقية البحــتة فإن هذا الذى ذهب إليه ذلك صحيح ذلك لأن الدستور يفترض نفاذ أحكامــه وعدم إنفاذ بعض أحكام الدستور هو نوع من تعديل حكم الدستور

---

(1) Mlle Camus : op. cit., p. 302.

الذى يقضى بضرورة واستمرار نفاذ أحكامه جميعا[١].

إذا كــان هــذا الذى ذهب إليه كاريه دى مالبرج صحيحا من ناحية المــنطق البحت فإن غالبية الفقه تفرق بين إيقاف بعض نصوص الدستور وتعديل تلك النصوص .

وإذا كانت غالبية الفقه الفرنسى ترى إمكانية إيقاف بعض نصوص الدســتور فــى ظــل العمل بالمادة ١٦ من دستور ١٩٥٨ فإن تلك الغالبية ترفض السماح بتعديل ولو جزئى فى الدستور فى ظل تلك المادة .

أن تعديل الدستور يقتضىسلطة مؤسسة **pouvoir constituant** ذلــك على حين أن رئيس الجمهورية فى الأوقات العادية أو أوقات الأزمات علــى حد سواء يظل سلطة مؤسسة أو منشأة «**pouvoir condtitué**» ولا تستطيع المادة ١٦ أن تغير من هذه الحقيقة شيئا .

وإذا كانت المادة ١٦ وفقا لما عرضناه تجيز لرئيس الجمهورية أن يحــل محــل بعــض الســلطات المنشأة فى اختصاصاتها أو فى بعض تلك الاختصاصــات فإنهــا - المادة ١٦ - لا تستطيع أن تجيز له أن يحل محل الســلطة المؤسســة أو المنشئة فى كل أو بعض اختصاصاتها ، ذلك أمر لا تملكه المادة ١٦ إذ أنه لا يدخل ضمن نطاقها تحديد ما هى السلطة المنشئة وما هى السلطة المنشأة[٢].

والفقــه فــى جملته من هذا الرأى الذى لا يرى لرئيس الجمهورية

---

(1) Carré de Malberg : Contribution à la théorie generale de l'Etat t. 1, note 24, p. 64.

(2) Burdeau : Traité De Science Politique, Paris 1969, 2ed t. 4. p. 685 et s.

إمكانية تعديل الدستور فى ظل الدستور المادة ١٦ .

يقــول لامارك[١] فى مقاله عن «الضرورة والمادة» أن المستفاد من نــص المــادة ١٦ نفســها أنها تبيح لرئيس الجمهورية سلطات استثنائية لغــرض أساسى هو أن يعيد للسلطات الدستورية العامة مقدرتها على أداء وظائفها الدستورية وإلا فكيف يقال مع ذلك بإمكانية تعديل الدستور فى ظل هذا النص الذى يستهدف أساسا عودة الحياة الدستورية الطبيعية .

ويقــول ديفرجيه[٢] أن رئيس الجمهورية فى ظل تلك المادة يستطيع أن يفعل كل شئ إلا أن يعدل الدستور

«...peut tout faire en vertir de l'article 16 sauf modifer la constitution»

ويذهب العميد فيديل لنفس المذهب الذى يرى أن رئيس الجمهورية لا يملــك بمقتضــى المــادة ١٦ تعديل الدستور ويعلل ذلك بأن المادة ١٦ تستهدف إعادة الأوضاع الدستورية الطبيعية للمؤسسات العامة فكيف يمكن أن يقال أن تلك المادة نفسها تبيح تعديلا دائما فى أوضاع المؤسسات[٣].

وإذا كــان هــذا هــو رأى الفقــه الفرنسى فى جملته فإن الآنسة Voisset فــى رسالتها عن المادة ١٦ تؤكد أيضا أن هذا هو اتجاه واضعى المادة ١٦ أنفسهم – أو بعبارة أخرى أن هذا هو اتجاه السلطة المؤسسة :

«L'article 16 a été conçu à l'origine et dés l'origine par ses pricopaux auteurs pour permettre non une revision de la constitution, mais pour miex assure un retour à son

---

(1) Lamarque : op. cit., p. 617 .
(2) Duverger : Institutions Politiques 1971, (précité) p. 208 .
(3) Vedel : Droit Constitutionnel (1960/1961) , précité p. 434 .

application normale.» [1] .

وعندما وضعت المادة ١٦ موضع التطبيق العملى فى أبريل ١٩٦١ فإنه لم تجر أى محاولة من قريب أو من بعيد لتعديل الدستور .

وهكـذا يبين أن الفقه والعمل وإرادة واضعى الدستور أنفسهم تتجه كلهـا إلى عدم إجازة تعديل الدستور فى فترة العمل بالمادة ١٦ استنادا إلى السلطات الاستثنائية التى تمنحها تلك المادة لرئيس الجمهورية .

إلغاء الدستور :

إذا كـان مـن المتفق عليه كما تقدم أن المادة ١٦ لا تبيح لرئيس الجمهوريـة أن يعمد - بناء عليها - إلى تعديل جزئى فى الدستور فإنه من باب أولى أن يقال أنه يمكن تأسيسا على نص فى الدستور أن يباح لرئيس الجمهوريـة إلغـاء ذلـك الدسـتور . أن الدساتير إذا واجهت . حتى فى الأوضاع العادية طريقة تعديلها فإنها لا يمكن أن تواجه طريقة إلغائها .

إن إلغـاء الدسـتور تأسيسا على نص المادة ١٦ من الدستور أمر غـير وارد ولا هـو مسـتحق للدراسة والبحث . وهو إذا حدث يجعلنا فى مواجهـة نوع من الانقلاب الذى يخرج عن إطار الدراسة الدستورية والذى لا يجـد لـه سـندا فـى غير القوة التى يعتمد عليها من ناحية وإمكانية استمراره من ناحية أخرى .

---

(1) Mllw Voisset : op. cit., p. 71-72 .

الباب الثالث

التنظيم الدستورى لحالة الضرورة

فى دستور جمهورية مصر العربية (دستور سبتمبر ١٩٧١)

الفصل الأول

نطاق البحث - أهميته - صعوبته

المبحث الأول

تحديد نطاق البحث

يتحدد نطاق بحثنا بدستور سبتمبر ١٩٧١ بصفة عامة وبالمادة ٧٤ منه بصفة خاصة ، وأن كان هذا لا يعنى أن المادة ٧٤ من دستورنا القائم هى تطبيق الدستورى الوحيد فيه الذى يستند إلى الضرورة ، ذلك أن دستور ١٩٧١ شأنه فى ذلك شأن دساتيرنا يعرف أكثر من تطبيق لحالة الضرورة .

ومن أوضح التطبيقات وأكثرها اطرادا فى دساتيرنا وفى دساتير اخرى كثيرة التطبيق الذى ورد فى المادة ١٤٧ من الدستور والتى تنص على أنه «إذا حدث فى غيبة مجلس الشعب ما يوجب الإسراع فى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر فى شأنها قرارات تكون لها قوة القانون» وتتحدث الفقرة الثانية من هذه المادة عن إجراءات عرض هذه القرارات على مجلس الشعب وعن ترتيب آثارها .

وهــذا الحكــم تردد فى كل الدساتير المصرية سواء قبل الثورة أو بعدهــا مــع خلاف فى بعض التفاصيل . بل أن هذا الحكم شاهدته الأنظمة الأساســية الــتى وضعت فى بلادنا قبل بدء النظام الدستورى الحديث عام ١٩٢٣ ، ذلــك أن هــذا الحكم ورد فى اللائحة الأساسية التى أقرها مجلس شــورى الــنواب فى ٨ يونية ١٨٧٩ إذ كانت المادة ٤١ من تلك اللائحة تــنص علــى أنه «إذا طرأت ضرورة مهمة جدا تستلزم المبادرة فى اتخاذ الاحتــياطات اللازمة لوقاية الحكومة من خطر ربما يتأتى لها أو للمحافظة علــى الأمن العمومى وكان مجلس النواب غير منعقد فيجوز لمجلس النظار أن يقــرر إجراء ما يلزم إجراءه – تحت مسئوليتهم – وبالتصديق على ذلك القــرار من الحضرة الخديوية يجرى العمل بمقتضاه مؤقتا بشرط ألا يكون مخالفا للقوانين . هذا ولدى انعقاد مجلس النواب فيصير تقديمه إليه» .

ومــن المصادفات أن هذا الحكم فى عمومه ورد فى المادة ٤١ من دســتورنا الصــادر فى ١٩٢٣ . (كان ذات الحكم يحمل رقم ٤١ أيضا فى اللائحة الأساسية) .

وقــد تــردد ذات الحكــم – وعلى نحو أوسع إذ كان يبيح استعمال الإمكانــية المنصــوص عليها فيه فى فترة حل مجلس النواب – فى دستور ١٩٣٠ .

ولما عاد دستور ١٩٢٣ عاد من حكم المادة ٤١ بطبيعة الحال .

وقد نصت المادة ١٣٥ من دستور ١٩٥٦ – أول دساتير الثورة – على ذات المبدأ .

وأوردته أيضا المادة ٥٣ من دستور ١٩٥٨ .

كذلك حرصت المادة ١١٩ من دستور مارس ١٩٦٤ على أن تكرر نفس الحكم .

وهكــذا نســتطيع أن نقــول أن الاستناد إلى الضرورة لنقل وظيفة التشــريع – فى غيبة المجلس التشريعى – إلى السلطة التنفيذية أصبح من التقاليد المستقرة فى نظامنا الدستورى .

وقــد أدى ذلك إلى أن هذا الموضوع والذى يعالجه الفقه عادة تحت اســم «لوائــح الضــرورة» أخذ طريقه إلى جميع كتب القانون الدستورى واســتوفى حقــه مــن البحث ، بل أن هذا الموضوع كان محل بحث خاص ومــتعمق من أستاذنا المرحوم الدكتور السيد صبرى عام ١٩٤٤ – فى ظل دســتور ١٩٢٣ – تحــت عــنوان «اللوائــح التشريعية» وما زالت القيمة الــنظرية والعملــية لذلــك البحــث – رغم اختلاف بعض تفاصيل الأحكام الدستورية إلى يومنا هذا .

وإذا كانــت الصورة السابقة من صور الاستناد إلى حالة الضرورة فــى الدســتور قد بدأت فى بلادنا حتى قبل دستور ١٩٢٣ فإن ثمة صورة أخرى بدأ تنظيمها دستوريا مع أول دستور بعد الثورة – دستور ١٩٥٦ – وهى صورة التفويض التشريعى .

وقــد نصــت علــى هذه الصورة المادة ١٣٦ من دستور ١٩٥٦ والمــادة ١٢٠ من دستور ١٩٦٤ وذلك بأن أبيح «لرئيس الجمهورية فى الأحــوال الاستثنائية بناء على تفويض من مجلس الأمة أن يصدر قرارات لهــا قــوة القــانون ويجــب أن يكــون التفويض لمدة محدودة وأن يعين موضوعات هذه القرارات والأسس التى تقوم عليها» .

ورغـم أن دسـتور ١٩٢٣ لم يكن يتضمن نصا يبيح التفويض فقد لجـأت الحكومة إليه ثلاث مرات و أقرها البرلمان عليه فى مرتين ورفضها مجلس الشيوخ فى المرة الثالثة .

وقـد كـرر دستور سنة ١٩٧١ فى المادة ١٠٨ الحكم الذى ينص بجـواز الـتفويض مـع ضبط حدوده واشتراط أغلبية ثلثى أعضاء مجلس الشـعب كجواز إعطاء تلك المكانة لرئيس الجمهورية وأكد الدستور أن ذلك لا يكون إلا «عند الضرورة وفى الأحوال الاستثنائية» .

وقـد كان موضوع التفويض التشريعى هو الآخر من الموضوعات الـتى أولاهـا الفقه العربى عناية خاصة بعد النص عليه فى دساتير الثورة وبعـد أن لجئ إليه فى أول يونية ١٩٦٧ على نحو أكثر مما يطبقه النص الدستورى[1].

وإذا كـان موضـوع اللوائـح التشريعية قد حظى ببحث خاص من أسـتاذنا المـرحوم السيد صبرى كما أشرنا من قبل موضوع التفويض كان محـلا لدراسة فقهية مقارنة ومتعمقة قام بها الأستاذ الدكتور محمود حافظ فى رسالته للدكتوراه أمام جامعة باريس .

وأنـنا إذ نشير إلى هاتين الدراستين نقصد من وراء الإشارة إلأى بيان أن هذين الموضوعين : موضوع لوائح الضرورة وموضوع التفويض ليسـا فـى حاجـة إلـى دراسة جديدة تخصص لها على نفس النحو الذى

---

(١) راجـع فـى ذلك : ثروت بدوى القانون الدستورى وتطور الأنظمة الدستورية فى مصـر - القاهـرة ١٩٧١ ص٣٧٥ ، طعـيمة الجرف «مبدأ المشروعية» سابق الإشارة إليه ص .

تقتضــيه المــادة ٧٤ مــن الدستور الحالى ، تلك المادة التى لم يسبق لأى دســتور مــن دســاتيرنا أن تضمن نصا يماثلها والتى نعتقد أنها تجد أصلا تاريخــيا لهــا فــى المادة ١٦ من دستور أكتوبر ١٩٥٨ فى فرنسا والذى وضع عقب أزمة مايو ١٩٥٨ فى تلك البلاد .

لذلــك فأنــنا ســنحدد نطاق بحثنا بالمادة ٧٤ من دستور سبتمبر ١٩٧١ .

وهذا التحديد لنطاق هذه الدراسة – رغم أنه أمر يرجع إلى الاختيار الحر – يستند إلى اعتبارين :

أولهما : ما سبق أن أشرنا إليه من دراسات سابقة لبعض التطبيقات الدســتورية لــنظرية الضرورة . ومن أن هذه التطبيقات ليست إلا تطبيقات جزئية لبعض صور الضرورة وجوانبها .

ثانيا : أن المــادة ٧٤ علــى خلاف التطبيقات الجزئية السابقة هى نــوع من التنظيم الدستورى لنظرية الضرورة بكل أبعادها فى كل صورها ، هــى نوع من التنظيم لنظرية الضرورة بصفة شاملة . ووصف الشمول هنا يــرد على «الضرورة» ولا يرد على «التنظيم» نفسه ، ذلك أن التنظيم كان غايــة فــى الإيجاز والاختصار ذلك على حين أن موضوع «الضرورة» كان غاية فى الاتساع والشمول .

وهكــذا نحــدد نطاق بحثنا هنا ونجعله قاصرا على المادة ٧٤ من الدستور .

وإن كــان ذلك بطبيعة الحال لن يمنعنا من الإشارة إلى نصوص أخرى أو مبادئ جاء بها دستور ١٩٧١ كلما كان ذلك لازما لبحثنا ودراستنا .

المبحث الثانى

أهمية البحث

كــل موضـــوع من موضوعات القانون الدستورى لا يخلو بحثه من أهمية .

وتـــزداد الأهمـــية كلما تعلق الموضوع بتنظيم السلطات العامة من ناحية أو بالحريات العامة من ناحية أخرى أو بهما معا من ناحية ثالثة .

وتصبح تلك الأهمية متعينة إذا كان موضوع الدراسة لم يسبق بحثه من قبل .

وهـــذه الأســباب الثلاث لأهمية أى بحث لم تجتمع بقدر اجتماعها بصدد بحث يتعلق بالمادة ٧٤ من الدستور القائم .

فنحـــن بصدد موضوع من موضوعات القانون الدستورى لاشك فى ذلك .

ونحـــن بصدد موضوع يغير العلاقة بين السلطات الدستورية ويغير مدى تلك السلطات فى وقت من أوقات الخطر التى تهدد حياة الأمم ، وعلى ذلـــك فإن الموضوع لابد وأن يكون شديد التأثير على نطاق الحريات العامة وضمانات تلك الحرية وعلاقتها بالسلطة وعلاقة السلطة بها .

كذلـــك نحـــن بصدد موضوع جديد على تنظيمنا الدستورى ، إذ أنه يدخل إليه لأول مرة وبالتالى فهو موضوع جديد على الفقه العربى لم يسبق بحثه .

وهكذا تجتمع الأسباب الثلاث التى يكفى واحد منها لإعطاء أى بحث

قــدرا مــن الأهمية ، تجتمع هذه الأسباب الثلاث لتعطى لتلك الدراسة حول المادة ٧٤ من دستور سبتمبر ١٩٧١ تلك الأهمية الخاصة .

بــل أن تلــك الأهمــية تتزايد إذا حاولنا أن نتطرق ولو إشارة إلى موضــوع تلك الدراسة الأمر الذى سنعود إلى بحثه تفصيلا فيما بعد بطبيعة الحال .

ذلــك أن موضوع تلك الدراسة يتعلق بما تنص عليه المادة ٧٤ من أنه :

«لرئــيس الجمهوريــة إذا قام خطر يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطــن أو يعــوق مؤسســات الدولة عن أداء دورها الدستورى أن يتخذ الإجراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر» .

نحن إذن فى مواجهة موضوع يتعلق بالسلطات العامة وبمؤسسات الدولــة فــى وقت من أوقات الخطر الذى يضع فيه الدستور فى يد رئيس الجمهوريــة سلطات من الاتساع – على نحو ما سنرى – بحيث يتمكن من مواجهــة الخطــر والتغلــب على الأزمة وإعادة مؤسسات الدولة لوضعها الطبيعى .

وهذا كله يبين لنا مدى أهمية موضوع هذه الدراسة ومدى ما تثيره من أمور ومشاكل تستحق المواجهة والبحث .

المبحث الثالث

أسباب تنظيم الضرورة فى الدستور المصرى وفقاً للمادة ٧٤

لا نعتقد ان إيراد المادة ٧٤ فى دستور ١٩٧١ كان استجابة لموقف فقهى معين حول ضرورة تنظيم شامل لنظرية الضرورة ولم يكن ذلك النص أيضاً نتيجة مناقشات داخل اللجان التى شكلت لوضع مبادىء الدستور وأحكامه ، كذلك فإن أى إشارة لهذه المادة لم تأت فى جلسات الاستماع التى عقدها مجلس الشعب ولا فيما أثير من مناقشات أمام اللجنة التحضيرية لوضع مشروع الدستور وكانت أول إشارة لأصل هذه المادة فى جملة المبادىء التى قدمتها اللجنة التحضيرية لوضع مشروع الدستور إلى مجلس الشعب . وكان أصل المادة يحمل رقم ٥٠ بين المبادىء التى تقدمت بها اللجنة إلى المجلس .

ورغم خطورة هذا المبدأ ورغم جدته على تنظيمنا الدستورى فإنه لم يثر أى مناقشة على الإطلاق فى مجلس الشعب - بوصفه لجنة وضع مشروع الدستور - بل تمت الموافقة على المبدأ دون أخذ أو رد(١) .

---

(١) راجع مضبطة الجلسة الثانية والثلاثين من دور الانعقاد العادى الثالث من الفصل التشريعى الثانى لمجلس الشعب والمعقودة بتاريخ ٢٢ يوليه ١٩٧١ - ص٢١ : وبعد أن قرأ المقرر المبدأ رقم ٥٠ ونصه «إذا قام خطر حال يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن أو يعوق مؤسسات الدولة من أداء دورها الدستورى فلرئيس الجمهورية أن يتخذ الإجراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر ويوجه رئيس الجمهورية بيانا إلى الشعب ويجرى الاستفتاء على ما اتخذه الرئيس من (=)

وقد ظهر المبدأ بعد ذلك في مشروع الدستور الذى عرض على الاستفتاء الشعبى وأقر فى ذلك الاستفتاء حيث تضمنته المادة ٧٤ من الدستور .

ويجوز لنا أن نتساءل حول كيفية تسرب هذا النص إلى الدستور على هذا النحو .

ولما كنا نعرف أن السيد/ محمد عبد السلام الزيات كان أحد المشاركين فى التحضير للدستور وفى صياغته باعتباره كان آنذاك قريباً من السيد/ رئيس الجمهورية وكان السكرتير الأول للجنة المركزية للاتحاد الاشتراكى – التنظيم السياسى الواحد الذى كان قائما آنذاك – فقد سألناه عن أصل هذه المادة وسبب إدخالها فى الدستور وعرفت من سيادته فعلا أنه هو الذى اقترح المبدأ على اللجنة التحضيرية وأنه صاحب صياغة النص على نحو ما ظهر عليه وقال – رحمه الله – ان الذى دفعه إلى اقتراح ذلك المبدأ هو أزمة مايو ١٩٧١ وما كان يمكن أن تؤدى إليه وأنه استهدى فى وضعه لهذا النص بالمادة ١٦ من الدستور الفرنسى .

وقد أغنانا السيد/ محمد عبد السلام الزيات بعد ذلك عن الاستناد إلى هذا البحث الخاص الذى لم يكن أمامنا غيره عند الكتابة الأولى لهذا الموضوع ذلك أنه كتب كتابا ضمنه بعض خواطره عن دستور ١٩٧١ ومما جاء فى تقديم هذا الكتاب :

(=) إجراءات خلال ستين يوما من اتخاذها . سأل رئيس المجلس الأعضاء قائلاً : هل لأحد من حضراتكم ملاحظات على هذا المبدأ (لم تبد ملاحظات) إذن فالموافق على هذا المبدأ يتفضل برفع يده (موافقة) وبذلك أقر مجلس الشعب هذا المبدأ الذى أصبح فيما بعد نص المادة ٧٤ من الدستور .

«كان اعتزازى ومازال عظيما بالدستور الدائم دستور الحادى عشر من شهر سبتمبر سنة ١٩٧١ . وقد يكون ذلك لأننى حملت مسئولية إعداده فى صورته النهائية لعرضه على اللجنة المركزية للاتحاد الاشتراكى العربى قبل عرضه على الاستفتاء العام ...» [١] هذا عن مشاركة سيادته فى صياغة مشروع الدستور .

أما عن أسباب وضع المبدأ الذى أصبح فيما بعد المادة الرابعة والسبعين فيقول سيادته «ويتبين لنا من إلقاء الضوء على الأصل التاريخى والكشف عن المناخ السياسى الذى وضعت فيه المادة ٧٤ أن هذه المادة بما اعطته من صلاحيات استثنائية لرئيس الجمهورية قد ربطت بين هذه الصلاحيات الاستثنائية وحالة الإعداد للحرب ... ثم أن هذه الصلاحيات الاستثنائية تستهدف تمكين رئيس الجمهورية من الحفاظ خلال هذه المرحلة على تماسك الجبهة الداخلية ...» [٢] .

ونلاحظ أن السيد/ الزيات لم يشر هنا فى مبررات وضع المادة ٧٤ إلى أحداث مايو ١٩٧١ التى سبقت وضع الدستور وأنه لم يشر إلا إلى حالة الحرب ذلك أنه عندما وضع كتابه عام ١٩٨١ كانت الطرق قد افترقت بينه وبين الرئيس السادات وكان كلاهما يقف موقفا مغايرا تماما بل أن الزيات نفسه كان قد عانى من حكم المادة ٧٤ عندما طبقت عليه بين من طبقت عام ١٩٨١ عندما أعلن الرئيس السادات الرجوع إليها فى المرة الثانية على نحو ما سنرى .

---

(١) محمد عبد السلام الزيات : مصر إلى أين ؟ قراءات وخواطر فى الدستور الدائم ١٩٧١ ، ص٩ ، دار المستقبل العربى ، القاهرة ، ١٩٨٦، الطبعة الثانية .

(٢) المرجع السابق، ص١٢٠ .

والذى لا شبهة فيه أن الدستور كله - دستور ١٩٧١ - كان نتيجة مباشـرة لأحـداث مايو ١٩٧١ وكان رئيس الجمهورية آنذاك بعد أن تغلب علـى خصومه ومن أسماهم مراكز القوى وكان يريد أن يؤسس حكمه على نـوع الشـرعية الخاصة وكان يبشر أيضاً بالانتقال من مرحلة المشروعية الثورية إلى المشروعية الدستورية - كان سبيل رئيس الجمهورية إلى ذلك هـو وضع دستور جديد للبلاد يعبر عما بشر به من تحول نحو الديمقراطية وسيادة القانون .

ولكـن مـع ذلـك فان ظلال ما حدث فى ١٥ مايو ١٩٧١ وما كان يمكـن أن يـؤدى إليه من تصدع دستورى كانت من غير شك وراء اقتراح المادة ٧٤ من الدستور .

ولـيس فـى ذلـك بذاته عيب وإن جاز أن يكون العيب فى صياغة النص نفسه على نحو ما سنرى .

ومن ثم فإننا نستطيع أن نقرر بارتياح أن أحداث مايو ١٩٧١ كانت بمـثابة المـناخ الـذى أفـرخ ذلك وأن هذه الأحداث يمكن أن تكون عاملاً مساعداً فى محاولة تفسير النص ومعرفة أبعاده .

كذلـك ومـن ناحية أخرى فإننا يمكن أيضا ان نعتبر المادة ١٦ من الدسـتور الفرنسى بمثابة الأصل التاريخى للمادة ٧٤ عندنا - وهذا بدوره قد يساعد فى عملية الدراسة المقارنة والتفسير .

وسـيكون نهجنا فى دراستنا لهذه المادة أن نسير فى دراستها على النحو التالى :

أولا : على ضوء المبادئ الدستورية العامة .

ثانيا : على ضوء الفقه الدستورى العام فى نظرية الضرورة .

ثالــثا : بالاهتداء – قدر ما تسمح به المقارنة – بالمادة ١٦ فى فرنسا وما أثير حولها من دراسات .

وبعد الدراسة الفقهية نعرض للتطبيقين الذين حدثا فى مصر للمادة ٧٤ من الدستور سواء عام ١٩٧٧ أو فى عام ١٩٨١ .

الفصل الثانى

المسائل التى يثيرها الرجوع إلى المادة ٧٤

لعلـــه يحسن قبل أن نعالج المسائل التى يثيرها الرجوع إلى المادة ٧٤ أن يكون نص المادة نفسه أمامنا . والنص يجرى على النحو الآتى :

«لرئـــيس الجمهوريـــة إذا قام خطر يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطـــن أو يعـــوق مؤسســـات الدولة عن أداء دورها الدستورى أن يتخذ الإجـــراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر ، ويوجه بيانا إلى الشعب ويجرى الاستفتاء على ما اتخذ من إجراءات خلال ستين يوما من اتخاذها» .

هـــذا هـــو النص الذى نعرض الآن لبحث ما يثيره الرجوع إليه – الأمر الذى نرجو أن لا نطر إليه – من مسائل .

المبحث الأول

شروط الرجوع إلى النص

حـــتى يســـتطيع رئيس الجمهورية أن يلجأ إلى إعلان العمل بالمادة ٧٤ فإن ثمة نوعين من الشروط يتعين توافرهما :

أولا : شروط موضوعية .

ثانيا : شروط إجرائية .

وندرس كلاهما فى فرع خاص .

الفرع الأول

الشروط الموضوعية

نستطيع أن نجمل الشروط الموضوعية التى يتعين أن تتوافر لكى يكون لجوء رئيس الجمهورية إلى المادة ٧٤ سليما من الناحية الدستورية فى الشروط الثلاث الآتية :

أولا : أن يكون اللجوء إليها هو الوسيلة الوحيدة الممكنة لدرء المخاطر .

ثانيا : أن يكون الخطر من طبيعة استثنائية خاصة .

ثالثا : أن يهدد ذلك الخطر موضوعات معنية ذكرها النص تحديدا .

وبعد أن نعرض هذه الشروط الثلاثة نعرض لسلطة رئيس الجمهورية فى تقدير توافر هذه الشروط ومدى تلك السلطة .

أولاً : أن يكون اللجوء إلى المادة ٧٤ من الدستور هو الوسيلة الوحيدة الممكنة لدرء المخاطر وهذا يعنى أنه إذا وجدت وسيلة قانونية أو دستورية تستطيع أن تواجه المخاطر التى تهدد سلامة البلاد فإنه يجب الرجوع إلى تلك الوسيلة .

فلو كان مجلس الشعب غير منعقد لأى سبب وكان يكفى لمعالجة الأمر أن يستعمل رئيس الجمهورية الحق المقرر له بمقتضى المادة ١٤٧ فى إصدار لوائح الضرورة فإن عليه أن يلجأ لذلك الحق لا يتعداه طالما أن اللجوء إليه يكفى لدفع الضرورة .

وإذا كان مجلس الشعب قائما وكان يمكن أن يواجه الخطر إذا استعمل المجلس حقه فى التفويض التشريعى المنصوص عليه فى المادة

١٠٨ مــن الدســتور ، بحيــث يفوض المجلس رئيس الجمهورية تفويضا محــددا فى اتخاذ ما يرى ضرورته من إجراءات لمواجهة تلك المخاطر فإن الرجوع إلى المادة ١٠٨ يكون عندئذ متعينا قبل الرجوع إلى المادة ٧٤ .

وإذا كان الأمر يكفى لتداركه أن تعلن حالة الطوارئ بناء على نص المــادة ١٤٨ من الدستور فإن إعلان حالة الطوارئ واستعمال كل المكنات الــتى تتمــتع بهــا الســلطة التنفيذية فى ظلها يكون أمرا واجبا لمواجهة المخاطر وتدارك الأضرار .

ولكــن إذا كانت كل الوسائل الدستورية المتاحة عاجزة عن مواجهة تلــك المخاطر فإن الرجوع إلى نص المادة ٧٤ من الدستور يصبح ضرورة لا مندوحة عنها .

ولا يعــنى هــذا أن رئــيس الجمهورية عليه أن يجرى كل الوسائل المتاحة قبل أن يلجأ إلى استعمال السلطات المنصوص عليها فى المادة ٧٤ إذ أن القــول بمثل ذلك قد يؤدى إلى تفويت الحكمة التى دعت إلى مثل هذا الــنص وهــى سرعة الحركة فى مواجهة خطر داهم لا ينتظر ، ولكن الذى نعنــيه بهــذا القــول أن الرجوع إلى المادة ٧٤ لا يكون حيث يقدر رئيس الجمهورية أن ثمة وسيلة أخرى دون هذه الوسيلة تستطيع أن تدفع الخطر.

وعلــى ذلــك فإننا نرى أنه يتعين أن يثبت قطعا لرئيس الجمهورية أنــه لــيس أمامه من وسيلة غير اللجوء إلى المادة ٧٤ لمواجهة الأخطار المحدقة بالبلاد .

ولاشــك أن رئــيس الجمهورية هو الذى يقدر – كما هو الشأن فى سائر الشروط الموضوعية الأخرى كما سنرى – ثبوت ضرورة اللجوء إلى

المادة ٧٤ لإمكان التغلب على المخاطر التى تهدد البلاد .

ولا يصـــح أن نقف عند التفسير اللغوى لنقول أن صدر المادة ٧٤ يـــبدأ بقولـــه «لرئيس الجمهورية» وهذا يعنى أن رئيس الجمهورية له أن يلجـــأ إلى هذا النص كلما أراد قيد أو شرط . إذ لا أحد يستطيع أن يتصور أن الـــرجوع إلـــى مـــثل هـــذه المادة الخطيرة التى تقلب كل الموازين بين الســـلطات يمكن أن يكون متاحا هكذا لمحض إرادة رئيس الدولة ورغبته ، إذ معـــنى ذلك بعبارة أخرى أن العمل بالدستور أو عدم العمل به هى أمور موكولـــة لمحـــض رغبة رئيس الجمهورية و الأمر الذى لم يقل به أحد ولا يستطيع أن يقول أحد فى ظل فكرة الدولة القانونية .

رئـــيس الجمهورية يستطيع إذن أن يلجأ إلى هذه المادة إذا لم يكن أمامه من سبيل غيرها للتغلب على المخاطر التى تهدد كيان البلاد .

ولكـــن ما هى المخاطر التى تبرر الرجوع إلى تلك المادة ؟ ذلك هو ما ننتقل لمعالجته.

ثانياً : طبيعة المخاطر التى تبيح الرجوع إلى المادة ٧٤ .

لابـــد وأن تكون البلاد فى مواجهة مخاطر استثنائية يصعب توقعها ويســـتحيل تداركهـــا بغير هذا الطريق الاستثنائى ، وهذا أن تلك الأخطار – فضـــلا عن ضرورة أن تهدد موضوعات معينة حددها الدستور – فإنها لابد وان تكون أخطارا حالة وجسيمة .

وقـــد تحدثنا عن معنى أن يكون الخطر حالا ومعنى أن يكون جسيما فى القسم العام من هذه الدراسة ولا نجد مبررا لإعادة ما ذكرناه من قبل .

ولكن هل يتعين ان تكون الأخطار التى تبرر الرجوع إلى المادة ٧٤

هـــى أخطـــار حالة وجسيمة فعلا رغم أن نص تلك المادة لم يصف الأخطار التى تبرر الرجوع إليها صراحة بهذين الوصفين ؟

نعـــتقد أن الإجابة الوحيدة الممكنة على هذا التساؤل لابد وأن تكون بالإيجاب .

ويبين ذلك واضحا من افتراض العكس وترتيب نتائجه عليه .

فإذا جاز الرجوع إلى المادة ٧٤ فى حالة الخطر الموهوم أو البعيد أو المـــتوقع – ولكـــنه لا يصدق عليه وصف كونه حالا – وفى حالة الخطر العـــادى غير الجسيم فإن معنى ذلك أن الرجوع إلى هذه المادة يصبح أمرا يمكـــن اللجـــوء إليه بين الحين والحين لمواجهة إضراب طلبة فى كلية من الكلـــيات أو رفض مجلس الشعب لمشروع قانون تقدمت به الحكومة أو إلى ذلك من أمور عادية كثيرا ما تحدث فى عالمنا المعاصر .

أن الخطـــر الـــذى يـــبرر الرجوع إلى المادة ٧٤ هو خطر من نوع معين يرد على موضوعات معينة حددها الدستور . وهذه الموضوعات بالغة الأهمية ولابد وأن الخطر الذى يصل إلى حد أن يهددها أن يكون خطرا على مســـتواها وبالتالى أن يكون خطرا من طبيعة استثنائية أى أن يكون خطرا جسيما يتجاوز الحدود العادية .

والخطر لا يكون جسيما إذا كان موهوماً أو بعيداً .

كذلـــك فـــإن الخطر إذا تحقق وانتهى أمره فقد وصف الجسامة بل ووصف الخطر وتحول إلى واقع .

وعلـــى ذلـــك فـــإن الخطر يكون جسيماً عندما يكون حالاً فى نفس الوقت .

ولكـــن وصـــف الخطـــر بأن يكون «حالا» قد يسبب بالنسبة للمادة تساؤلا معينا ، فما هو ذلك التساؤل ؟

عندما اقترح المبدأ رقم ٥٠ من المبادئ العامة ورد النص فيه على النحو الآتى :

«إذا قام خطر حال يهدد الوحدة الوطنية ...» (١).

ومـــن هـــذا يبين أن لفظ «حال» كان موجودا ، ولكن هذا اللفظ لم يظهـــر فـــى الصياغة الخيرة للنص فهل يعنى هذا صرف النظر عن وصف الخطـــر بأن يكون «حالا» وجواز أن يكون خطرا «يتوقع أن يحدث» ، ذلك الخطر الذى يبيح الرجوع إلى المادة ٧٤ ؟

نقطع بأن ذلك غير وارد .

أ- لأن الطبيعة الاستثنائية للنص لا يمكن أن تتفق مع ذلك المفهوم.

ب- أن الأمـــر الـــذى «يعوق» مؤسسات الدولة أو «يهدد» الوحدة الوطنـــية لا يمكـــن ألا أن يكون حالا وجسيما فى آن واحد .ذلك أنه الخطر المـــتوقع أو البعـــيد لا «يعوق» مؤسسات الدولة ولا يستطيع أن يهدد شيئا تهديدا لا يمكن تداركه بالوسائل العادية .

ج - أن الـــنص يقـــول «..إذا قـــام الخطر..» وهو يستعمل الفعل الماضـــى قام وهذا يقطع فى الدلالة بضرورة أن يكون الخطر قائما وحالا و وأن الخطأ المتوقع لا يكفى للقول بتوافر شروط هذه المادة .

---

(١) راجع مضبطة جلسة مجلس الشعب بتاريخ ٢٢ يوليو ١٩٧١ (سابق الإشارة إليها) ص٢١ .

وقد نستطيع أن نضيف إلى ذلك كله أننا فى حديثنا مع السيد محمد عبد السلام الزيات مقترح النص أثرنا معه هذه النقطة وسألناه – وقد كان أحد أعضاء لجنة الصياغة أيضا – عما إذا كان اسقاط لفظة «حال» مقصودا وأنه يعنى جواز أن يكون الخطر الذى يبيح الرجوع إلى هذه المادة من قبيل الخطر المتوقع فإجاب سيادته بنفى ذلك قائلا «أن الخطر فى تقديره لابد وأن يكون حالا وأن يكون على مستوى ما ورد فى المادة من أمور يهددها ذلك الخطر» ومع علمنا بأن النص عندما يوضع وعندما يفسر ينقطع عن نية صائغة ومقترحه إلا أننا أحببنا مع ذلك أن نشير إلى هذا الحديث بعد ما قدمناه من أسانيد نرى أنها كافية للقول بضرورة أن يكون الخطر حالا وأن يكون جسيما ليبرر الرجوع إلى ذلك النص البالغ الخطورة والذى هو خروج استثنائى على القواعد الدستورية فى تنظيم السلطات وتحديد اختصاصاتها .

ثالثاً : الموضوعات التى يتعين أن يلحقها التهديد لإمكان الرجوع إلى المادة ٧٤ .

لا يكفى أن يكون الخطر حالا وجسيما لكى يجيز لرئيس الجمهورية أن يلجأ إلى المادة ٧٤ وإنما يتعين أن يهدد ذلك الخطر موضوعات معينه وردت على سبيل الحصر فى المادة ٧٤ . فما هى تلك الموضوعات ؟

يقول النص «لرئيس الجمهورية إذا قام خطرلا يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن أو يعوق مؤسسات الدولة عن أداء دورها الدستورى ..».

وهى إذن موضوعات ثلاث تلك التى إذا هددها الخطر – بأوصافه التى تحدثنا عنها – كان لرئيس الجمهورية أن يلجأ إلى المادة ٧٤ من الدستور .

وهـــى ثـــلاث موضوعات محددة حصرا لا يجوز القياس عليها ولا الإضافة إليها ويكفى أنها هى فى حد ذاتها مرنة الحدود .

ونحاول أن نتناول بالتفسير كل واحد من هذه الموضوعات الثلاث .

١ - **الوحدة الوطنية** : وهـــى عـــبارة لاشك فى مرونتها وعدم دقة المقصـــود مـــنها ، ونعـــتقد أن المقصود من هذه العبارة لا يخرج عن أحد معينين أو هما معا : معنى دينى أو معنى طبقى .

وعلى ذلك فالوحدة الوطنية تعنى أن لايكون هناك بين طوائف الأمة الدينـــية صـــراع يفتت وحدتها ويقضى عليها . وكذلك أن لايكون هناك بين طـــبقاتها وفئاتها الاقتصادية من التصادم ما يحول دون قيام هذه الوحدة . وقـــد صـــدر القانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٢ بشأن حماية الوحدة الوطنية ، وفـــى نصوصـــه وفى مذكرته الإيضاحية ما يلقى بعض الضوء على مفهوم «الوحدة الوطنية» .

وتتحدث المذكرة الإيضاحية عن أن التحالف الذى يعبر عنه الاتحاد الاشـــتراكى «هـــو لبنة الوحدة الوطنية» ويتحدث القانون نفسه فى المادة الثانية عن أن «الاتحاد الاشتراكى العربى هو التنظيم الساسى الوحيد المعبر عـــن تحالف الشعب العاملة» ويجرم القانون انشاء تنظيمات سياسية خارج الاتحـــاد الاشتراكى أو منظمات جماهيرية خارج المنظمات الجماهيرية التى تشـــكل طـــبقا للقـــانون . وتقـــول المذكرة الإيضاحية «أن تعريض الوحدة الوطنـــية للخطر اثم كبير يجب أن يتدخل المشرع لتجريمه أيا كانت صوره وأشكاله ، كالعمل على زعزعة كيان الأمة وبث الفرقة بين طوائفها ..»

وقـــد ســـبقت وضع هذا القوانين بعض الحوادث الطائفية المؤسفة

ومن ظروف وضع القانون ومن نصوصه يبين أن المعنيين الدينى والطبقى كانا ماثلين عند وضعه .

ووجود هذا القانون يعنى أنه هو الوسيلة القانونية الأصلية لحماية الوحـــدة الوطنية وأن الرجوع إلى المادة ٧٤ لحماية هذه الوحدة لايكون إلا حيث يكون الخطر الذى يتهددها أكبر وافدح من أن تجدى معه نصوص ذلك القـــانون مـــع شـــدتها حيث تصل أحيانا إلى فرض عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة .

ونتصـــور أن تهديـــد الوحدة الوطنية الذى يبرر الرجوع إلى نص المادة ٧٤ – بكل ما يحمله من معانى استثنائية – لا يمكن أن يكون تهديدا فـــرديا أو تهديدا عارضا أومن مجموعة لا قيمة لها من الناس وإنما يتعين أن يصـــل الـــتهديد إلى حد لا يمكن معالجته فى ظل القانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٢ فـــى شـــأن حماية الوحدة الوطنية بمعنى أن يكون تهديدا يوشك أن يعصـــف بـــتلك الوحدة عصفا لا يقاومه إلا الإجراءات السريعة التى يستطع رئيس الجمهورية أن يتخذها بناء على النص الدستورى .

ب- سلامة الوطن :

تـــتعرض سلامة الوطن للخطر إذا كانت البلاد مهددة تهديدا حقيقيا يغزو من الخارج و كذلك فإن تلك السلامة قد تتعرض للخطر من الداخل إذا وجد نوع من العصيان المسلح أو إذا حدث تمرد فى القوات المسلحة أو إذ أضـــرب رجـــال الشرطة اضرابا عاما أو إذا تعرضت المرافق الأساسية فى الـــبلاد لنوع من الشلل . كل هذه صور تتعرض فيها سلامة الوطن للخطر ، فـــإذا كـــان الخطـــر مـــن الجسامة بحيث لا تستطيع التشريعات العادية أن تواجهـــه جاز لرئيس الجمهورية – إذا لم يجد أمامه سبيلا آخر – أن يلجأ

إلى نص المادة ٧٤ .

وإذا كانـت الصـورة الأساسية لتعريض سلامة الموطن للخطر هى صـورة الغزو الخارجى أو التهديد الحقيقى به فأن سلامة الوطن يمكن أن تـتعرض لخطر جسيم من الداخل أيضا فى بعض الصور التى أشرنا إليها . ولكن ذلك أملا لا يجوز التوسع فيه فإن اضرابا لقطاع من الطلاب أو العمال أو معارضـة - حـتى ولـو كانـت قوية ما دامت سلمية للحكومة أو حتى لرئيس الجمهورية نفسه لا تعد فى تقديرنا مبررا للرجوع إلى هذه المادة .

كذلـك فإن نصوص قانون العقوبات عن جرائم أمن الدولة - سواء مـن الخارج أو من الداخل - يجب أن تكون قاصرة عن دفع الخطر ، وان تكـون كل الوسائل القانونية الأخرى قاصرة بدورها قبل التفكير فى الرجوع إلى المادة ٧٤ من الدستور .

ج- مؤسسات الدولة :

اسـتعمل الـنص عـبارة «مؤسسـات الدولة» ولم يستعمل عبارة «السـلطات العامة» ، ونرى أن عبارة «مؤسسات الدولة» أوسع نطاقا من عـبارة «السـلطات العامة» ذلك أن العبارة الأخيرة إذا استعملت فى نطاق القـانون الدسـتورى انصرفت إلى السلطات الدستورية الثلاث :التشريعية والتنفيذية والقضائية ، ذلك على حين أن عبارة مؤسسات الدولة تشمل فيما نعتقد السلطات الثلاث المذكورة وتتسع لتضم غيرها أيضا .

ولكن إلى أى مدى تتسع عبارة «مؤسسات الدولة» ؟

لاشـك أن مـا نطلق عليه المؤسسات العامة فى حكم القانون ٣٢ لسـنة ١٩٦٦ فى شأن المؤسسات العامة لا صلة له بالمعنى المقصود فى

المادة ٧٤ من الدستور . إذ غير معقول أن مؤسسة الدواجن أو مؤسسة الصوامع والغلال أو ما إلى ذلك من مؤسسات إذا هددها خطر جسيم جاز الرجوع إلى المادة ٧٤ لدرء الخطر عنها ، ذلك غير معقول ولا هو متفق مع النص نفسه إذ يقول «يعوق مؤسسات الدولة عن أداء دورها الدستورى» وهذا يعنى أن المؤسسات المقصودة فى هذه المادة لابد وأن يكون لها دور دستورى .

وعلى ذلك فإنه يدخل فى نطاق «مؤسسات الدولة» بهذا المعنى السلطات الثلاث : السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية .

وقد أثرنا التساؤل قبل تعديل الدستور والأخذ بنظام التعددية الحزبية عما إذا كان الاتحاد الاشتراكى يعتبر ضمن مؤسسات الدولة التى يعنيها نص المادة ٧٤ من الدستور .

ورجحنا ذلك الفهم نظرا لأن المادة الخامسة من الدستور قبل تعديلها كانت تشير إلى ذلك الاتحاد بحسبانه الجهة أو المؤسسة أو التنظيم الذى يؤكد «سلطة تحالف قوى الشعب العاملة عن طريق العمل السياسى الذى تباشره تنظيماته بين الجماهير وفى مختلف الأجهزة التى تضطلع بمسئوليات العمل الوطنى» .

وقد اتجه رأى مجلس الدولة عندنا إلى ما يؤكد هذا الفهم .

ويجوز لنا الأن أن نتساءل عن "التعددية الحزبية" هل إذا تعرضت تلك التعددية إلى خطر جسيم وحال يريد أن يفرض النظام الفاشى بأى صورة – نظام يعتبر الحزبية خيانة كما فى بعض البلاد أو يعتبرها كفرا كما قد ترى بعض الطوائف من المتعصبين للأنظمة الشمولية التى لا ترى غير

رأى واحـد وغـير اتجاه واحد وترى التعددية شرا - هل يعتبر ذلك - من قبيل التهديد للمؤسسات الدستورية ؟ إذا كان الفقهاء المسلمون يقولون ان مـا لا يقـوم الواجـب إلا بـه فهـو واجـب وإذا كانت الحياة الدستورية والديمقراطـية السليمة لا تقوم بغير التعددية السياسية فإن محاولة العصف بـتلك التعددية يعتبر فى نظرنا من الأخطار الجسيمة التى تقصد المادة ٧٤ من الدستور إلى دفعها .

وهكـذا فـإن وجود خطر حال وجسيم يؤدى إلى تعويق مؤسسات الدولة عن أداء دورها الدستورى يبرر الرجوع إلى تلك المادة .

ومن أمثلة ذلك الخطر أن تستولى فئة من الناس مسلحة على مبنى مجلـس الشـعب وتحول بين أعضائه وبين دخوله ، أو آن تبادر إلى علم رئيس الجمهورية - بصورة مؤكدة - أن مجلس الشعب فى سبيله للاجتماع إلغـاء الـنظام الجمهـورى وإعـلان النظام الملكى - الأمر الذى لا يملكه المجلس دستويا - أو أن اللجنة المركزية للاتحاد الاشتراكى اجتمعت لتتخذ قرارا بتعطيل الدستور مثلا .

كـل هـذه صور لمخاطر جسيمة أو أن انقساما خطيرا بين أعضاء تلـك اللجنة يوشك أن يؤدى على انقسام مماثل بين أعضاء مجلس الشعب فـى أمر من الأمور الجوهرية بحيث أن ذلك الانقسام يهدد بتعويق المجلس عـن أداء دوره الدسـتورى . تؤدى إلى تعويق مؤسسات الدولة من أداء دورهـا الدسـتورى وقد تكون سببا إلى اللجوء إلى المادة ٧٤ إذا استحال معالجـة الامـر بوسائل أخرى فى نطاق النظام القانونى العادى ، كان يلجأ رئـيس الجمهوريـة إلـى إعـلان حالة الطوارئ فى المثال الأول الخاص باستيلاء مجموعة مسلحة على مبنى مجلس الشعب ، أو أن يعمد إلى اتخاذ

إجـــراءات حـــل مجلس الشعب فى الحالة الثانية أو ان يدعو إلى انتخابات جديدة للتحاد الاشتراكى أو ما إلى ذلك من إجرائات . المهم أن على رئيس الجمهوريـــة قـــبل الرجوع إلى المادة ٧٤ أن يتأكد من إنها الطريق الوحيد امامـــه لمواجهـــة الأخطـــار الـــتى تتهدد المؤسسات الدستورية فى البلاد ونعوقها عن أداء دورها الدستورى .

هـــذه هى الشروط الموضوعية الثلاث – فيما نراه – التى يجب أن تـــتوافر قـــبل أن يكـــون لرئيس الجمهورية حق اللجوء إلى المادة ٧٤ من الدستور .

ولكن من الذى يقدر توافر هذه الشروط ؟

لا شـــك فى أن الذى يقدر توافر هذه الشروط هو من أودع فى يده الدســـتور إمكانـــية اللجوء إلى هذه المكنة الخطيرة و ولا يمكن أن يتصور غـــير ذلـــك إذ أن خـــيار اللجوء إلى هذه المكنة قد يكون قراراص لابد من اتخاذه فورا لمواجهة خطر داهم لا ينتظر .

والمـــادة ٧٤ تـــترك الأمـــر فى ذلك مطلقا لرئيس الجمهورية ولا تقتضـــيه – كمـــا ذهب أصلها التاريخى المتمثل فى المادة ١٦ من الدستور الفرنسى – مشاورة أحد أو أخذ رأى أحد . ولكن هذا لا يعنى بطبيعة الحال أن يمتـــنع علـــى رئـــيس الجمهورية أن يأخذ راى من يريد أخذ رأيهم من أصحاب الرأى ذى الوزن فى البلاد ، سواء كانوا أصحاب رأى ذى وزن من الناحـــية القانونـــية أو من الناحية السياسية ، ولكن ملاءمة أخذ الرأى أو عدمـــه أمـــر يترك لمحض تقدير رئيس الجمهورية الذى يتحمل وحده أمام الرأى العام – وأمام التاريخ – مسئولية اتخاذ ذلك القرار .

الفرع الثانى

الشروط الإجرائية

أوجــب الدســتور اتخــاذ إجراءيــن معينين عندما يقرر رئيس الجمهورية اللجوء إلى المادة ٧٤ من الدستور .

أما أول هذين الإجراءين فيتمثل فى البيان الذى يوجهه الرئيس إلى الشعب ، وأما الإجراء الثانى فيتمثل فى عملية الاستفتاء على ما اتخذه من إجراءات .

وواضح أن هذين الإجراءين لاحقين لاتخاذ القرار بالرجوع إلى تلك المادة مما قد يجعل إطلاق وصف «الشرط» عليها غير دقيق .

على كل حال فهما إجراءان لازمان بنص الدستور .

الإجراء الأول : توجيه بيان إلى الشعب :

يتعيــن علــى رئيس الجمهورية بمجرد أن يقرر الرجوع إلى المادة ٧٤ من الدستور أن يوجه بيانا إلى الشعب . ونعتقد أن هذا البيان يجب أن لا يــتراخى عن القرار نفسه بل يجب أن يعقبه مباشرة وذلك لإعلام الناس بتطبيق ذلك النظام القانونى الاستثنائى المستمد من تلك المادة.

ويتعيــن – فــى تقديــرنا – أن يتضــمن ذلك البيان الذى يوجهه الرئيسإلى الشعب السباب التى دعته إلى الرجوع إلى تلك المادة .

كمــا أننا نرى أنه من الملائم لو استطاع رئيس الجمهورية فى ذلك البــيان أن يحــدد ولو بصفة مبدئية الأسس العامة التى سيسير عليها فترة اللجوء إلى تلك المادة .

ويعتـــبر هـــذا البـــيان فى رأينا وثيقة رسمية يجب أن تنشر عقب إذاعتها على الناس فى الجريدة الرسمية للبلاد .

هذا عن الإجراء الأول .

الإجراء الثانى : الاستفتاء على الإجراءات المتخذة :

نصـــت المـــادة ٧٤ من الدستور فى آخرها على ضرورة أن يجرى استفتاء على ما اتخذ من إجراءات خلال ستين يوما من اتخاذها .

وعلـــى ذلك فإن الإجراءات التى اتخذها رئيس الجمهورية اعتمادا علـــى نص المادة ٧٤ يجب أن تعرض على الشعب لاستفتائه فيها ، ويجب أن لا يتأخر ذلك عن ستين يوماً من تاريخ اتخاذ الإجراء .

ويثير هذا الأمر عدة مسائل :

أولا هـــل يتعيـــن عـــرض كل إجراء اتخذه رئيس الجمهورية على الاستفتاء ؟

وثانيها ما هو أثر الاستفتاء بالنسبة لإمكانية الرقابة القضائية على قرارات رئيس الجمهورية ؟

وثالـــثها ما هو الأثر الذي يترتب على عدم عرض بعض الإجراءات علـــى الاستفتاء ؟ ثم ما هو الثر الذي يترتب على عدم موافقة الشعب على بعض الإجراءات فى الاستفتاء ؟

أما عن التساؤل الأول الذي يتعلق بما يعرض على الشعب لاستفتائه فـــيه من إجراءات فإن أول إجراء يجوز أن يثير التساؤل هو إعلان الرجوع إلى المادة ٧٤ نفسه ، فهل يعرض أمر ذلك الإعلان على الاستفتاء .

نعتقد أن سياق النص لا يفيد ذلك وأن قرار رئيس الجمهورية بالرجوع إلى المادة ٧٤ هو قرار يصدره هو متى قدر اجتماع الشروط الموضوعية التى أشرنا إليها وأن هذا القرار لا يحتاج إلى العرض على الاستفتاء .

إنما يعرض على الاستفتاء الإجراءات التى يتخذها رئيس الجمهورية بناء على ذلك النص .

فهل يتعين عرض كل إجراء اتخذه الرئيس على الاستفتاء ؟

نعتقد أن ما يتعين عرضه على الاستفتاء هو الإجراءات ذات الطابع العام دون الإجراءات الفردية ذلك أنه لا يتصور أن يعرض على الاستفتاء العام القبض على شخص أو إيقاف موظف عن عمله أو فصله منه فتلك أمور ليست بطبيعتها مما يصلح للاستفتاء الجدى وليس من المعقول أن يطلب من بعض ملايين من الأشخاص أن يدلوا برأيهم حول وضع شخص معين تحت الحراسة أو فصله من وظيفته أو ما إلى ذلك .

ولكن الأمر الجائز والمعقول أن يعرض على الاستفتاء كإجراء ذى صفة عامة وإذا أردنا أن نحدد الأمور بطريق الاستبعاد فإننا نذهب إلى أنه باستبعاد ما قد يتخذ من إجراءات فردية ضد المواطنين فإن كل إجراء يتخذه رئيس الجمهورية يجب عرضه على الاستفتاء خلال ستين يوما من اتخاذه .

أما التساؤلان الثاني والثالث فإنهما يتصلان اتصالا وثيقا بموضوع الرقابة على الإجراءات المتخذة بمقتضى المادة ٧٤ لذلك نرجئ بحثها إلى حين دراستنا للرقابة على الإجراءات المتخذة بمقتضى تلك المادة .

إلا أننا قبل أنه نعرض للرقابة على الإجراءات يتعين علينا أن نعرف أولا تلك الإجراءات التى يجوز لرئيس الجمهورية أن يرجع إليها فى ظل ذلك النص .

المبحث الثاني

ما يجوز لرئيس الجمهورية إتخاذه من إجراءات فى ظل العمل بالمادة ٧٤ من الدستور

قبل ان نتحدث عما يجوز أن يتخذه رئيس الجمهورية من إجراءات فى ظل المادة ٧٤ من دستورنا قد يحسن بنا أن نسترجع بعض ما قاله الفقه الفرنسى عن سلطات رئيس الجمهورية هناك ، ظل العمل بالمادة ١٦ من الدستور الفرنسى ، والمادة ١٦ هى الأصل التاريخى للمادة ٧٤ عندنا ، وفى المادة ١٦ بعض القيود التى لم ترد فى المادة ٧٤ ، وفى المادتان عبارات متماثلة مما يبرر الاستهداء بما قبل هناك فى تفسير ما نص عليه هنا .

قال العميد فيديل[١] أن رئيس الجمهورية – فى ظل المادة ١٦ – يستجمع فى يده كل سلطات الدولة .

«Il(le president) est detenteur de tous les pouvoirs de l`Etat.»

---

(١) ارجع إلى ص من هذا الكتاب حيث تكلمنا عن أثار تطبيق المادة ١٦ فى فرنسا وحيث استشهدنا بهذه العبارات الثلاث التى كررناها بنطقها فى المتن ، وأشرنا هناك إلى مراجعها .

وقـــال الأســـتاذ فاليـــن[١] أن رئيس الجمهورية يملك بمقتضى هذه المادة سلطات توشك أن يكون مطلقة .

«...pouvoirs pratiquement à peu prés absolus» .

وقال الأستاذ ديفيرجيه[٢] أن رئيس الجمهورية – وفقا لنص المادة ١٦ – يســـتطيع أن يـــتدخل فـــى كـــل نطاق ويستطيع أن يلغى كل حقوق وضمانات المواطنين .

«Le president peut intervenir dans tous les domaines, suprimer tous les droits et garanties des citoyens, etc. »

ويوشك الفقه الفرنسى أن يجمع على أن رئيس الجمهورية فى ظل العمـــل بالمادة ١٦ يستطيع كل شئ إلا تعديل الدستور نفسه ولكنه يملك – كما رأينا وفقا للفقه الفرنسى الغالب – سلطة إيقاف بعض الدستور .

إلى هذا المدى تصل سلطات رئيس الجمهورية هناك فى ظل المادة ١٦ .

فمـــا هو المدى الذي تصل إليه سلطات رئيس الجمهورية عندنا فى طلب العمل بالمادة ٧٤ إذا تقرر العمل بها يوما من الأيام ؟

يســـتوقف الـــنظر فى نص المادة ٧٤ أنها وصفت ما يجوز لرئيس

---

(١) ارجع إلى ص   من هذا الكتاب حيث تكلمنا عن آثار تطبيق المادة ١٦ فى فرنسا وحيـــث استشـــهدنا بهذه العبارات الثلاث التى كررناها بنطقها فى المتن ، وأشرنا هناك إلى مراجعها .

(٢) ارجـــع إلـــى ص من هذا الكتاب حيث تكلمنا عن إثار تطبيق المادة ١٦ فى فرنسا وحيـــث استشـــهدنا بهذه العبارات الثلاث التى كررناها بنطقها فى المتن ، وأشرنا هناك إلى مراجعها .

الجمهورية اتخاذ من إجراءات بعبارة «الإجراءات السريعة» .

فما الذي يقصده الدستور بذلك ؟ لماذا اختار عبارة «الإجراءات السريعة» ولم يستعمل مثلا عبارة النص الفرنسى «الإجراءات اللازمة «les measures exigées

لا يوجد – للأسف – أى نوع من الأعمال التحضيرية أو المناقشات التى تساعد على تبين قصد الشارع الدستورى وعلى ذلك فإن الأمر لابد وأن يعتمد على الاجتهاد الشخصى و وكل اجتهاد بطبيعته مظنة الصواب والخطأ .

وقد يقال أن عبارة «الإجراءات السريعة» تحمل نوعا من الحيطة الدستورية التى يفهم منها أن تلك الإجراءات لا يمكن أن تتصف بوصف الاستقرار والدوام وإنما هى أشبه شئ بتلك الإسعافات الأولية التى تساعد على تخطى الأزمة لكى يقف المريض – وهو هنا الدولة – على قدمه ثم يختار بعد ذلك أى طريق يسلك فى العلاج .

وبعد ذلك نسير كما سرنا بالنسبة للمادة ١٦ من الدستور الفرنسى حيث ندرس أثر تطبيق المادة ٧٤ على كل من سلطات الدولة الثلاثة ثم بعد ذلك أثر تطبيقها على الدستور نفسه .

والأثر المباشر لتطبيق هذه المادة أن الحدود بين السلطتين التنفيذية تهتز لصالح السلطة التنفيذية متمثلة فى رئيس الجمهورية الذى تضع هذه المادة فى يده سلطات ضخمة تمكنه من اتخاذ الإجراءات التى تقتضيها ظروف الأزمة بقصد التغلب عليها من أجل عودة الحياة الدستورية إلى مسيرتها العادية . ونرس فى فرع أول أثر تطبيق المادة ٧٤ على السلطة التنفيذية . وفى فرع ثان : اثر تطبيق ذات المادة على السلطة

التشـــريعية . وفـــى فرع ثالث : أثر تطبيقها على السلطة القضائية . وفى فرع رابع وأخير : أثر تطبيق المادة ٧٤ على الدستور نفسه .

الفرع الأول

أثر تطبيق المادة ٧٤ على السلطة التنفيذية

الأصـــل وفقا لدستورنا ان رئيس الجمهورية هو رئيس الدولة وهو الحكـــم بيـــن الســـلطات وهو الذى يمارس السلطة التنفيذية سواء مباشرة استنادا إلى نصوص فى الدستور أو من خلال مجلس الوزراء والوزراء .

والسلطة التنفيذية تمارس بواسطة اللوائح التنظيمية ولوائح الضبط واللوائح التنفيذية والقرارات الفردية والعقود الإدارية والتصرفات المادية . هذه هى الوسائل التى تباشر بها سلطة التنفيذ فى الدولة الحديثة .

والـــذى نراه أنه فى ظل تطبيق المادة ٧٤ من الدستور – واهتداء بمـــا ذهـــب إليه الفقه الفرنسى – يستطيع رئيس الجمهورية أن يباشر من هـــذه الوسائل ما يقدر أنه ضرورى لمواجهة الأزمة ولازم لتخطيها ويساعد فى عودة الحياة الطبيعية .

وإذا كانـــت السلطة التنفيذية تتوزع إلى وظيفة حكم ووظيفة إدارة فإنـــه فـــى ظل الأزمة وعند الرجوع إلى المادة ٧٤ يملك رئيس الجمهورية الأمريـــن معا . ويملك أن يباشر الأمرين على نحو مباشر أى دون المرور بمجلس الوزراء أو بالوزارات المعنية ذلك أن ظروف الأزمة قد تقتضى من العجلـــة والســـرعة مالا يتفق مع الإجراءات العادية التى قد تتسم بقدر من الـــبطء بـــل والتعقيد الإدارى أحياناً . وهكذا نستطيع أن نقول كما قلنا عند

عرضنا للمادة السادسة عشر من الدستور الفرنسى أن الرجوع إلى المادة الرابعة والسبعين بما تقضى به من نظام استثنائى تؤدى إلى تجميع الوظيفة الحكومية والوظيفة الإدارية جميعا فى يد رئيس الجمهورية بالقدر الذى يراه هو وعلى النحو الذى يقدر ضرورته وفائدته .

الفرع الثانى

أثر تطبيق المادة ٧٤ من الدستور على السلطة التشريعية

مجلس الشعب هو سلطة التشريع بنص الدستور .

ولرئيس الجمهورية سلطات تشريعية استثنائية نص عليها الدستور فى المادة ١٠٨ - سلطة التفويض - وفى المادة ١٤٧فى حالات الضرورة عند غياب المجلس التشريعى .

وليس هنا مكان التعرض لهاتين المادتين . ولكن الذى نريد أن نعرض له هنا هو فى ظل المادة ٧٤ من الدستور عند تطبيقها هل يستطيع رئيس الجمهورية أن يتولى التشريع أيضاً بغير استناد إلى المادة ١٠٨ وبغير استناد إلى المادة ١٤٧ إذ الفرض أن المجلس قائم - بعبارة أخرى هل يستطيع رئيس الجمهورية أن يباشر السلطة التشريعية التى يباشرها مجلس الشعب وفقا للمادة ٨٦ من الدستور سواء منفردا أو بالاشتراك مع المجلس .

ونعنى بالاشتراك مع المجلس أن تباشر كل من السلطتين سلطة التشريع فى آن واحد . ذلك أن اشتراك رئيس الجمهورية مع مجلس الشعب فى الوظيفة التشريعية فى الأوضاع العادية يتم عن طريق الاقتراح

من ناحية والتصديق والإصدار من ناحية أخرى .

الفقـه الفرنسـي يجمـع علـى أنه فى ظل تطبيق المادة ١٦ من الدسـتور يسـتطيع رئيس الجمهورية أن يباشر السلطة التشريعية مباشرة بمعـنى أنـه يستطيع أن يصدر مباشرة من القوانين - التى لا يصدرها فى الأصل إلا البرلمان - ما يراه لازما لمواجهة ظروف الأزمة . وقد حدث ذلك بـالفعل ابـان العمـل بالمادة ١٦ من الدستور الفرنسى خلال تطبيقها عام ١٩٦١. (من أبريل ١٩٦١ إلى سبتمبر ١٩٦١). هذا فى الوقت الذى ينص فـيه الدستور الفرنسى على أنه عند إعلان العمل بالمادة ١٦ فإن الجمعية الوطنـية تجتمع بقوة القانون ولا يجوز لرئيس الجمهورية حلها طوال فترة العمل بتلك المادة .

ولا يوجد لدينا مثل هذه الأحكام . فإذا كان مجلس الشعب منحلاً أو فى اجازة فإنه لا ضرورة تدعو اعقده . وإذا كان موجوداً فعلاً فلا مانع من حله إذا توافرت مقتضيات هذا الحل .

ولعلـه يحسن بنا أن نسترجع بعض ما ذهب إليه الفقه الفرنسى فى هذا الصدد . تقول Mile Camus أن مباشرة الوظيفة التشريعية بواسطة الممـارس لسلطات الضرورة - رئيس الجمهورية - تمثل فى الواقع القلب مـن هـذه السـلطات .[١] تذهب إلى أنه يتعين أن يترك لرئيس الجمهورية المـدى الـذي يستطيع أن يذهب إليه فى مباشرته للسلطة التشريعية على الـنحو الـذي يقتضـيه الأزمة وظروف مواجهتها وأنه مهما أصاب النظام القانونى العادى من اضطراب نتيجة ذلك فإنه لا مندوحه عن التسليم بسلطة

(١) كامى : المرجع السابق ص٢٧٩ .

التشريع لرئيس الجمهورية من أجل الحفاظ على سلامة الدولة .

ويكـاد الفقـه الفرنسى فى جملته أن يذهب هذا المذهب . وقد ايد العمـل هذا الذي ذهب إليه الفقه عندما دعت الحاجة إلى تطبيق المادة ١٦ فى أوائل الستينات . (إبريل ١٩٦١) .

فهـل يمكـن أن نقول مثل هذا القول فى ظل العمل بالمادة ٧٤ من الدستور المصرى ؟

المـادة الـرابعة والسـبعين مـن دستورنا تتحدث عن أنه لرئيس الجمهوريـة إذا قـام الخطر الذي تواجهه هذه المادة «أن يتخذ الإجراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر ...» .

فهـل يدخل التشريع ضمن هذه الإجراءات السريعة ؟ أم أن السلطة اللائحـية تكفـى هـنا ويبقى القانون - حتى فى ظل تطبيق المادة ٧٤ - محجوزا لمجلس الشعب ؟

يذهـب بعـض الفقـه إلـى أن مباشرة رئيس الجمهورية للوظيفة التشـريعية فـى ظل الضرورة يعد جوهر السلطات الاستثنائية وأنه فى ظل العمـل بالمادة ٧٤ يجوز لرئيس الجمهورية أن يتولى التشريع فى النطاق المحـتجز للقـانون «علـى أسـاس أن المادة ٧٤ وهى تمثل أقص حدود المشـروعية الاستثنائية ينبغى أن تتميز عن المواد الأخرى (١٠٨ و١٤٧) وإلا لأصـبحت بـلا فـائدة ...ولهـذا فمـن الضرورى الاعتراف لرئيس الجمهوريـة بالـتدخل فـى نطاق الاعتراف بأن قواعد الفعل بين السلطات

تختفى فى هذه الظروف الاستثنائية لصالح القائم على سلطة الضرورة»[١].

ويذهب الدكتور وجدى ثابت غبريال فى رسالته عن «سلطات رئيس الجمهورية طبقا للمادة ٧٤ من الدستور المصرى والرقابة القضائية عليها – دراسة مقارنة – «مذهبا يميل إلى التضييق فى سلطات الضرورة لصالح مبدأ المشروعية فعنده أن سلطات رئيس الجمهورية فى المادة ٧٤ وسلطات الضرورة بوجه عام لا يجوز أن تخرج على الحدود الدستورية التى تحكم فى جميع الظروف جميع سلطات الدولة وتظل عصية على المساس ما بقيت الدولة القانونية قائمة . ومع ذلك فهو يذهب إلى أن هذه المادة تعطى لرئيس الجمهورية سلطات استثنائية كبيرة وغير محددة ذلك أنها تسمح له باتخاذ الإجراءات السريعة سواء فى المجال التشريعى أو المجال الإدارى . والذى يبدو من دراسة هذا الباحث الجاد أنه يقبل على مضض السماح لرئيس الجمهورية بممارسة سلطة التشريع فى ظل المادة ٧٤ على أن يكون ذلك مقيدا بقيدين:

الأول : أن يكون رئيس الجمهورية قد أتخذ إجراءاته بقصد مواجهة الخطر فعلا.

الثاني : أن يتخذ الرئيس الإجراءات السريعة ذات الطابع المؤقت فحسب[٢].

---

(١) د . سامى جمال الدين : لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية منشأة المعارف – الإسكندرية ١٩٨٢ ص١٧٩ ونود هنا بقيمة هذه الدراسة التى قدمت للحصول على درجة الدكتوراه فى القانون وكانت من الأعمال المتميزة وقد أشار الباحث كثيرا إلى كتابنا نظرية الضرورة فى طبعته الأولى واختلف وأتفق معنا وكان مثالا للباحث المدقق فى كل الأحوال .

(٢) وجدى ثابت غبريال : سلطات رئيس الجمهورية طبقا للمادة ٧٤ من الدستور المصرى والرقابة عليها . رسالة دكتوراه : مواضع متعدد مقدمة إلى جامعة (=)

والاتجاه الغالب فى الفقه يذهب إلى إقرار حق رئيس الجمهورية فى ظـل المـادة الرابعة والسبعين فى مباشرة السلطة التشريعية . ونحن نتفق مـع هـذا الـرأى وقد نادينا به فى الطبعة الأولى من هذه الدراسة ولكننا نضيف هنا أن هذا الحق مقيد بأن لا يؤدى إلى أوضاع مستقره وإنما يكتفى بالتشـريع لمواجهة الإجراءات السريعة اللازمة للتمدى للازمة . وهذا يعنى أن رئـيس الجمهوريـة لا يسـتطيع بمقتضى هذه السلطة أن يعدل أحكام القـانون المدنى مثلا إذا لا ضرورة تدعو لذلك . ولكنه بالقطع يستطيع أن يغلـظ بعض العقوبات فى مجال التمدين أو مجال الامتناع عن العمل أو ما إلـى ذلك من إجراءات . والمقصود من ذلك أن «الإجراءات السريعة» التى يـتخذها رئيس الجمهورية والتى قد تقتضى إحيانا ممارسة سلطة التشريع يجـب أن تظل فى إطار مواجهة الازمة وأن تتقيد دائما بالقاعدة الأصولية الـتى تقول أن الضرورة تقدر بقدرها ولا تعدها . فإذا كانت مباشرة رئيس الجمهوريـة لسـلطة التشريع لازمة وضرورية لمواجهة الخطر جاز له أن يباشـرها ولا يجوز له أن يباشر هذه السلطة المحجوزة أصلا للبرلمان فى غير هذه الأحوال .

وهـنا يثور سؤال هام: هل يبقى التشريع – قانونا كان أم لائحة – الذي اتخذه رئيس الجمهورية فى ظل حالة الضرورة وفق للمادة ٧٤ قائما حتى بعد انتهاء فترة العمل بهذه المادة ؟

الأصـل إنهاء الإجراءات بانتهاء حالة الضرورة : اتخاذ «إجراءات سـريعة» لمواجهـة حالة الأزمة واننا لسنا بصدد تنظيمات دائمة ومستقرة

(=) القاهـرة عـام ١٩٨٧ – لـم تنشر بعد أعد الباحث هذه الرسالة القيمة تحت أشرافنا ونال عليها درجة الدكتوراه مع مرتبة الشرف الأولى .

ومـــن ثـــم فإنـــه من المعقول أن ينتهى مفعول هذه «الإجراءات السريعة» بانتهاء حالة الضرورة وانتهاء العمل بالمادة ٧٤ من الدستور . وهذا يعنى ضـــرورة إعــلان الـــرجوع إلى الاحوال الطبيعية وانتهاء فترة العمل بتلك المادة، وتقدير أنه بإعلان انتهاء العمل بالمادة ٧٤ من الدستور يوضع حد للإجـــراءات الـــتى اتخذت لمواجهة حالة الضرورة وينتهى العمل بموجبها سواء كان الأمر متعلقا بقانون أو لائحة وهكذا يمكن أن نقول أن الإجراءات الســـريعة الـــتى تـــتخذ فى ظل المادة ٧٤ لمواجهة حالة الضرورة أيا كان شكلها تعتبر إجراءات مؤقتة وليست إجراءات دائمة .

الفرع الثالث

اثر تطبيق المادة ٧٤ على السلطات القضائية

رأيـــنا أنـــه فـــى فرنســـا وفى ظل تطبيق المادة ١٦ من الدستور الفرنســـى استطاع رئيس الجمهورية أن ينشئ محاكم خاصة وأن يصدر من القوانيـــن ما أدى إلى بعض المساس باستقلال السلطة القضائية فهل يسمح نص المادة ٧٤ عندنا بمثل ذلك .

نعـــتقد ان نـــص المادة ٧٤ من الدستور المصرى التى تتحدث عن حـــق رئـــيس الجمهورية فى اتخاذ «الإجراءات السريعة» لا يمكن أن تصل إلى حد القول بأن الرئيس له أن ينشئ محاكم أو أن يمس باستقلال القضاء علـــى أى نحو . وقوانين الطوارئ والدستور نفسه ينص على إنشاء محاكم خاصـــة فى حالات معينة محددة سلفا ولا يتصور أن يكون الدستور قد قصد فـــى المـــادة ٧٤ مـــنه إلـــى إطلاق يد رئيس الجمهورية بالنسبة للسلطة

القضائية لخطورة هذا الأمر وخطورة آثاره على كل مناحى الحياة .

ومـــن ثم فاننا نرى أن إعلان العمل بالمادة ٧٤ من الدستور يؤثر علـــى أى نحـــو على السلطة القضائية سواء من حيث التشكيل أو من حيث الضمانات .

الفرع الرابع

أثر تطبيق المادة ٧٤ على الدستور

قلـــنا أن الرأى الغالب فى الفقه الفرنسى يذهب إلى أن إعلان العمل بالمـــادة ١٦ مـــن الدستور يعطى رئيس الجمهورية الحق فى إيقاف العمل بـــبعض أحكـــام الدستور إذا اقتضت ذلك حالة الضرورة . كذلك فإن الرأى الغالب فى ذلك الفقه يذهب إلى أنه لا يجوز لرئيس الجمهورية فى ظل هذه المـــادة وبسبب الظروف الاستثنائية تعديل الدستور أو الوصول إلى إلغائه . هذه خلاصة موقف الفقه الفرنسى التى عرضنا لها من قبل .

فما هو موقف الفقه المصرى ؟

كـــنا قد ذهبنا فى الطبعة الأولى من هذه الدراسة – متأثرين بالفقه الفرنسى – إلى جواز حق رئيس الجمهورية فى إيقاف بعض مواد الدستور إذل اقتضت ذلك حالة الضرورة عند العمل بالمادة ٧٤ وقلنا آنذاك وإذا كنا لابـــد وأن نســـلم فى ظل المادة ٧٤ من دستورنا فإن الأمر قد يصل إلى حد التعطـــيل المؤقت للدستور أو لبعض نصوصه – الأمر الذي يوشك أن يجمع علـــيه الفقه الفرنسى فى ظل المادة ١٦ – فإننا يتعين أن نسلم بما هو دون

ذلك من إجراءات[1].

والحقيقة أننا راجعنا أنفسنا فى هذا النظر ولا نجد حرجا فى العدول عنه ذلك أن التنظيم الدستورى لحالة الضرورة الذي يستهدف عودة الحياة الدستورية الطبيعية لا ينبغى له أن يستعين على ذلك بتعطيل الدستور نفسه وإيقاف العمل ببعض نصوصه .

والأمر عندنا يختلف عنه فى فرنسا من عدة وجوه نظرية وعملية .

أمـــا من الوجهة النظرية فإن عبارة «الإجراءات السريعة» لا تصل إلى حد القول بتعطيل أحكام الدستور .

كذلـــك فإنـــه من الوجهة العملية فإن السابقتين اللتين حدثتا عندنا وأعلنت فيهما المادة ٧٤ كان واضحا فيها الاستخفاف والتسرع مما يقتضى من الفقه التحرز فى السلطات التى يمكن أن يمارسها رئيس الجمهورية .

ويســـرنا أن نقرر أن واحدا من الباحثين الممتازين فى فقه القانون العـــام والـــذى أعـــد رسالة للدكتوراة فى موضوع المادة ٧٤ من الدستور المصـــرى تحـــت أشرافنا قد خالفنا الرأى فى هذا الخصوص : حق رئيس الجمهوريـــة فـــى تعطيل العمل بالدستور وإيقاف بعض أحكامه وهو الرأى ذهبـــنا إليه من قبل وقد عارضه ذلك الباحث معارضة قوية بعدد من الحجج أهمها :

أ- أن المـــادة ٧٣ مـــن الدستور وهى المادة السابقة مباشرة على المـــادة المنظمة لحالة الضرورة تفرض على رئيس الجمهورية السهر على

---

(١) راجـــع الطـــبعة الأولـــى من كتاب نظرية الضرورة ص٢٠٦ وراجع أيضا الدكتور مصطفى أبو زيد فهمى : الدستور المصرى وفيها يأخذ بالرأى الذي كنا نأخذ به .

الدستور وحمايته مما لا يجوز معه فى أى ظرف أن يتجه إلى إيقاف العمل به أو تعطيل بعض أحكامه .

ب- إذا قيل لحق رئيس الجمهورية فى إيقاف العمل ببعض نصوص الدستور وتعطيل بعض أحكامه فإن ذلك يفتح بابا لا تعرف حدوده إذ قد يصل المر إلى حد العدوان على الحريات بل وعلى استقلال القضاء .

«والخلاصة إننا لا نقر تمتع رئيس الجمهورية بسلطة مخالفة أحكام الدستور على أى وجه كانت المخالفة أو المساس بها لأن الدستور يجب أن يظل فى جميع الظروف هو المعيار الوحيد لقياس مشروعية أعمال الإدارة، سواء الصادرة عنها فى الظروف العادية أو فى الظروف الاستثنائية ... وأن سلطة المساس بالدستور على أى وجه لا يمكن ممارستها ... لأن أحكام الدستور لا يمكن أن ينتهى أعمال بعضها إلى المساس بالبعض الآخر»[1].

ونحن لا نجد حرجا فى أن نعلن موافقتنا على هذا الرأى الذي نادى به واحد من طلبتنا الجادين .

وهكذا نرى أن سلطات المادة ٧٤ لا تستطيع أن تؤثر فى الدستور إيقافا أو تعديلا أو إلغاء . ويظل الدستور هو المرجع فى كل الأحوال استثنائية وعادية .

---

(١) راجع . رسالة الدكتور وجدى ثابت غبريال عن المادة ٧٤ (غير منشور) ص٢٣١ وما بعدها - الرسالة موجودة بمكتبة الرسائل بكلية الحقوق بجامعة القاهرة .

الفصل الثالث

التطبيق العملى للمادة ٧٤

على خلاف ما كنا نرجوه شاهد الواقع العملى تطبيق المادة ٧٤ من الدستور المصرى مرتين : مرة فى فبراير ١٩٧٧ ومرة أخرى فى سبتمبر ١٩٨١ . وندرس هذين التطبيقين فى مبحثين متتاليين .

المبحث الأول

التطبيق الأول للمادة ٧٤ من الدستور

كانت الحكومة القائمة فى منتصف مايو ١٩٧٧ قد بينت النية على رفـع أسعار بعض السلع الأساسية رفعا فجائيا وأعلنت عن ذلك فى مجلس الشـعب عشـية يوم ١٨ يناير ١٩٧٧ – ولم تكد الحكومة تنتهى من إلقاء بيانها فى هذا الخصوص حتى كانت المظاهرات تعم مدن الجمهورية جميعا مـن اسـوان إلـى القاهـرة إلـى مدن كثيرة بالوجه البحرى – واتخذت المظاهـرات فـى بعض البلاد وبالذات فى القاهرة طبعا عتيقا بعض المهيجين والمخربين بين المتظاهرين وحدثت بعض مظاهر العنف والشغب والاعـتداء علـى واجهـات ببعض المحال التجارية – واستمرت الأحداث والمظاهـرات طـوال يومى ١٨ و ١٩ يناير ١٩٧٧ – وقبل أن ينتهى يوم ١٩ يـناير كـان فرض حظر التجول قد اصبح سارى المفعول وكانت قوات مـن الأمـن المركـزى بـل وبعض القوات المسلحة قد نزلت فى شوارع العاصمة .

وعـــندما أصبح على البلاد يوم ٢٠ يناير ١٩٧٧ كان كل شئ هادئا وكـــان الأمن يحكم قبضته على كل شئ وكان بضع مئات من الأشخاص قد قبض عليهم وبدئ التحقيق معهم .

وفـــى ٢١ يناير ١٩٧٧ خرجت الصحف تعلن أن الحياة العادية قد عادت إلى البلاد .

ولم يأت آخر يناير حتى كانت آثار الشعب نفسها قد زالت .

وكـــان هذا كله يعن أن ليس ثمة خطر يهدد الحياة العامة فى البلاد أيا كانت نوعية ذلك الخطر .

ورغـــم ذلـــك كلـــه وفـــى مساء يوم ٢ فبراير ١٩٧٧ فأجا رئيس لجمهوريـــة جماهـــير الـــناس بأن أعلن بواسطة أجهزة الإعلام المسموعة والمرئية إعلان العمل بالمادة ٧٤ من الدستور .

وجاء فى ذلك الإعلان الذي نشر بالجريدة الرسمية فى العدد ٥ تابع بـــتاريخ ٣ فـــبراير ١٩٧٧ «بالـــنظر إلى مادبر من حوادث شعب وتخريب وعدوان على المال العام والخاص فى أحداث ١٨ و ١٩ يناير سنة ١٩٧٧ مما يؤثر على تحقيق الأهداف القومية ويعوق المسيرة الوطنية ويهدد أمن الشعب والأمن القومى للدولة ويقوض وحدتنا الوطنية .

وحيث أن احتمال وتكرار مثل هذه الحوادث يعد تفويضا جذريا لكل مكاسب الشعب ومؤسساته الدستورية والضمانات التى يوفرها له الدستور .... .

وحيـــث أن الوطن فوق كل ذلك يمر بمرحلة دقيقة لا يزال العدوان فيها جاثما على جزء غال من الأرض المصرية والعربية .

وبعـــد الاطـــلاع علـــى المادة ٧٣ من الدستور التى تنص على أن

رئيس الدولة يسهر على تأمين سيادة الشعب وعلى احترام الدستور وسيادة القانون وحماية الوحدة الوطنية والمناسب الاشتراكية ويرعى الحدود بين السلطات لضمان تأدية دورها فى العمل الوطنى .

وبعد الاطلاع على المادة ٧٤ من الدستور التى تنص على أن لرئيس الجمهورية إذا قام خطر يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن أو يعوق مؤسسات الدولة عن أداء دورها الدستورى أن يتخذ الإجراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر . ويوجه بيانا إلى الشعب . ويجرى الاستفتاء على ما اتخذه من إجراءات خلال ستين يوما من اتخاذها .

وإعمالا للصلاحيات المخولة لنا بمقتضى المادة ٧٤ من الدستور ... وإعمالا لهذه الصلاحيات طرح ز رئيس الجمهورية على الاستفتاء ما عرف باسم القانون رقم ٢ لسنة ١٩٧٧ فى شان حماية الوحدة الوطنية . وقبل أن نعرض لهذا القانون ومدى دستوريته نناقش أولا مدى توافر شروط الرجوع إلى المادة ٧٤ من الدستور .

وكما سبق أن عرضنا فإن الرجوع إلى المادة ٧٤ يقتضى :

أولا : وجود خطر جسيم وحال .

ثانياً : أن يهدد ذلك الخطر موضوعات دستورية محددة «الوحدة الوطنية – سلامة الوطن – المؤسسات الدستورية» (وإذا كانت الحياة العادية قد عادت باعتراف كل أجهزة إعلان الرسمية وغير الرسمية .

وإذا كان رئيس الجمهورية نفسه فى بيانه لم يتحدث عن خطر حال وإنما عن خطر محتمل فإن الشرط الأساس والأول للرجوع إلى المادة ٧٤ يكون متخلفا ومن ثم فإن الرجوع على تلك المادة يفقد سنده الدستورى .

(ولكننا قلنا أن رئيس الجمهورية هو الذي يملك تقدير وجود الخطر ومداه وهو الذي يعلن بناءا على ذلك التقدير الرجوع إلى أعمال أحكام المادة ٧٤.

ولكن هذا التقدير لوجود الضرورة ليس تقديرا مطلقا وإنما هو تقدير يخضع للرقابة القضائية على نحو ما سنرى .

ونعود إلى القرار بقانون رقم ٢ لسنة ١٩٧٧ الذي عرضه رئيس الجمهورية على الاستفتاء العام استنادا إلى نص المادة ٧٤ لنرى ذلك القرار بقانون قد ضم إحدى عشر مادة تتنازل أحكاما متعددة وليس بينهما من رابط . فالمادة الأولى تتحدث عن حرية تكوين الأحزاب والمادة الرابعة تتكلم عن أداء الضرائب والتكاليف العامة والمادة الخامسة تتكلم عن إلزام المواطنين بتقديم بيان عما لديهم من ثروات والمادة السادسة تعاقب بالأشغال الشاقة المؤبدة كل من دبر أو شارك فى تجمهر ...»وهكذا يبين من هذا الخليط العجيب من الأحكام أن المادة السادسة هى المقصود الأساس من القرار بقانون . تلك المادة التى يجرى نصها على النحو الآتى:

مادة ٦ : يعاقب بالأشغال الشاقة المؤبدة كل من دبر أو شارك فى تجمهر يؤدى إلى إثارة الجماهير بدعوتهم إلى تعطيل تنفيذ القوانين واللوائح بهدف التأثير على ممارسة السلطات الدستورية لأعمالها أو منع الهيئات الحكومية أو مؤسسات النظام العام أو الخاص أو معاهد العلم من ممارسة عملها باستعمال القوة أو التهديد باستعمالها .

ورغم ذلك الخليط العجيب المتنافر من الأحكام فقد دعى المواطنون للاستفتاء على ذلك القرار بقان ن وأثر على بطاقة الاستفتاء أنه «سيجرى على القرار كاملا وليس على كل مادة بمفردها» .

وإذا كـــان افقه الدستورى يجمع على أن الاستفتاء لا يكون إلا على موضـــوع واحد محدد تصح الإجابة عليه بكلمة نعم أو بكلمة لا وكان الأمر غـــير ميسور ولا مستطاع بالنسبة لذلك القرار بقانون الذي ضم بين دفتيه عديـــدا من لأحكام لا صلة بينها وبين بعضها فإن دعوة المواطنين لمثل هذا الاســـتفتاء تكـــون نوعا من «التعجيز» (فإذا كان شرط الرجوع إلى المادة الرابعة والسبعين من الدستور غير متوافر .

وإذا كان الاستفتاء على القرار بقانون رقم ٢ لسنة ١٩٧٧ لا يتفق مع طبيعة نظام الاستفتاء .

وإذا كان ما بنى على الباطل باطل فإن هذا القرار بقانون يكون غير دســـتورى فى أساسه (الضرورة) غير دستورى فى إجراءاته (الاستفتاء) . ومع ذلك فقد بقى هذا القانون قائما من حيث الواقع مدة ست سنوات كاملة إلى أن ألغى بالقانون رقم ١٩٤ لسنة ١٩٨٣ .

والفقـــه الدستورى المصرى فى جملته يذهب إلى أن شرط الرجوع إلى المادة ٧٤ من الدستور فى ٣ فبراير ١٩٧٧ كانت غير متوافرة[١].

---

(١) راجع فى ذلك الدكتور سامى جمال الدين «لوائح الضرورة» سبقت الإشارة إليه – ص١٣٦ – ويراجع الدكتور وجدى ثابت غبريال رسالة للدكتوراة ، سابقة الإشارة إليها ص١٣٦ وما بعدها والمراجع التى أشار إليها .

المبحث الثاني

التطبيق الثاني للمادة ٧٤ من الدستور

إذا كـان التطبـيق الأول للمـادة ٧٤ من الدستور فى فبراير سنة ١٩٧٧ لم يثر كثيرا من المشاكل فى العمل ذلك أنه كان محدود التطبيق فإن الحال كان غير ذلك بالنسبة للتطبيق الثاني الذي حدث فى سبتمبر ١٩٨١ . والـذى حـدث أنه فى منتصف شهر يونيه ١٩٨١ - ١٧ يونيه تحديدا - حدث صدام بين بعض الأفراد المسلمين وبعض الأفراد من المسيحيين وأدى ذلـك الصدام إلى قتل بعض الأفراد من الجانبين والاعتداء على دور العبادة فى منطقة الزاوية الحمراء - وهى منطقة شعبية بناحية مهمشة قرب شبرا - كذلـك جـرت محاولات لحرق بعض المنازل وبعض المحلات الخاصة ز واسـتطاعت قـوات الأمـن ان تسيطر على الموقف وقبض على عدد من المواطنيـن - مسـلمين ومسـيحيين - وأحيلوا إلى النيابة العامة للتحقيق معهم .

واستتبت الأمور تماما .

وسـافر رئـيس الجمهورية إلى الولايات المتحدة الأمريكية ثم عاد ليعقد مؤتمرا صحفيا كان فيه بادى الغضب والثورة .

ولم تمض أيام قليلة على ذلك المؤتمر إلا وأعلن رئيس الجمهورية فـى الثالث من سبتمبر ١٩٨١ العمل بالمادة ٧٤ من الدستور . ولم تسبق ذلك الإعلان أى اضطرابات أو قلاقل أو أى خطر محدق من أى نوع يكون ، وكانت الأمور باعتراف كل أجهزة الدولة تسير سيرها الطبيعى العادى .

وفـــى مساء ذلك اليوم الثالث من سبتمبر - فاجأ رئيس الجمهورية الشـــعب كله بإعلان العمل بالمادة ٧٤ . وقد نشر بيان رئيس الجمهورية ، الـــذي تقتضيه المادة ٧٤ من الدستور - فى العدد ٣٦مكرر - من الجريدة الرســمية بــتاريخ ٥ ســبتمبر ٨١ وجاء فيه : منذ فترة ليست بالقصيرة حاولـــت بعـــض الفئات المخربة فى مراحل متعددة أحداث فتنة طائفية بين أبناء آلامه وعملت جاهدة للقضاء على وحدتها الوطنية مستعمله فى سبيل تحقيق أغراضها بعض الشعارات المضللة والوسائل غير المشروعة نفسية وماديـــة لتفريق مسيرة الشعب فى طريق تنميته وازدهاره وديمقراطية ... وفـــى ألا ونـــه الأخـــيرة بصفة خاصة وقعت أحداث جسيمة هددت الوحدة الوطنية والسلام الاجتماعى وسلامة الجبهة الداخلية بخطر جسيم .

إلا أن هذه الفتنة الباغية قد استرسلت فى غيها واستهانت بكل القيم والقوانين وتنكبت عن الطريق السوى وسلكت سبيل العنف والإرهاب وسفك الدمـــاء وتهديـــد الآمنيـــن . كما أن بعض الأفراد قد استغلوا هذه الأحداث وعمـــدوا إلى تصعيدها الأمر الذي وجب معه اتخاذ إجراءات سريعة وقوية لمواجهـــة هـــذا الخطر الذي هدد الوحدة الوطنية وسلامة الوطن . وانطلاقا مـــن مســـئوليتنا الدستورية المستمدة من أحكام المادة ٧٤ من الدستور . وإعمـــالا للصـــلاحيات المخولة لنا بمقتضى المادة ٧٤ من الدستور والتى تـــنص علـــى «أن لرئيس الجمهورية إذا قام خطر يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن أو يعوق مؤسسات الدولة من أداء دورها الدستورى أن يتخذ الإجـــراءات لســـريعة لمواجهة هذا الخطر ويوجه بيانا إلى الشعب ويجرى الاستفتاء على ما اتخذه من إجراءات خلال ستين يوما من اتخاذها» .

وبـــناءا علـــى ذلك اصدر رئيس الجمهورية القرارات رقم ٤٨٩ ،

٤٩٠ و ٤٩١ . ٤٩٢ ، ٤٩٣ ، ٤٩٤ ، ٤٩٥ لسنة ١٩٨١ . وقد نشرت تلـك القرارات جميعا فى الجريدة الرسمية العدد ٣٦ تابع بتاريخ ٣ سبتمبر ١٩٨١ .

ومما يدعو إلى التساؤل أن القرار الخاص بالرجوع إلى المادة ٧٤ مـن الدسـتور نشر بتاريخ ٥ سبتمبر ١٩٨١ على حين أن القرارات التى بنيت على تلك المادة نشرت بتاريخ ٣ سبتمبر ١٩٨١ .

وقد اتخذت تلك القرارات جميعا بحجة دفع الخطر الذي يهدد الوحدة الوطنية .

وقد كان القرار رقم ٤٨٩ لسنة ١٩٨١ خاصا بنقل ٦٣ صحفيا من العمـل فـى المؤسسـات الصـحفية إلـى وظائف أخرى بحجة أن هؤلاء الصـحفيين يمارسون نشاط ضارا يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن أو السـلام الاجـتماعى . ولـم يرد فى القرار أى توضيح لكيفية ذلك التهديد المقاتل به ولا لوسائله .

أمـا القـرار رقم ٤٩٠ لسنة ١٩٨١ فقد كان يتعلقا ببعض أعضاء هيـئة التدريس فى الجامعات الذي تقرر نقلهم إلى وظائف أخرى فى أجهزة الدولـة واكتفى القرار بأن نسب إلى هؤلاء ما نسبه إلى الصحفيين فى غير تحديـد ولا بيان لأسباب معينة . وقد شمل ذلك القرار ٧٤ من أعضاء هيئة التدريس بالجماعات والمعاهد العليا .

أما القرار رقم ٤٩١ لسنة ١٩٨١ فإنه صدر بتنحية الأنباء شنودة الثالـث بطريـرك الأقباط الأرثوذكس من موقعه وتعيين لجنة من الأساقفة للقـيام بمهـام البابوية . ولم يقدم هذا القرار بين يديه أسبابا حتى ولو من

قبيل الأسباب الواهنة المصطنعة فى القرارين السابقين .

وجــاء القــرار ٤٩٢ لســنة ١٩٨١ ليقضى بحل بعض الجمعيات المشــهرة وفقــا لقانون الجمعيات . وكان عدد هذه الجمعيات أربعة عشرة جمعية منها ١٠ جمعيات إسلامية وأربع جمعيات قبطية .

أمــا القرار ٤٩٣ لسنة ١٩٨١ فقد كان بشأن التحفظ على ١٥٣٦ شخصــا من مختلف التيارات والأعمار والأديان بحجة أنهم قد قامت ضدهم دلائل جدية على ارتكابهم أحداث هددت الوحدة الوطنية .

وقــد جــاء القرار ٤٩٤ لسنة ١٩٨١ ليلغى التراخيص الممنوحة لبعض الصحف .

وجاء القرار ٤٩٥ لسنة ١٩٨١ ليفرض التحفظ على أموال الهيئات والمــنظمات والجماعــات والجمعيات التى وردت بملحق ذلك القرار بمقولة أنهــا مارست نشاطا أو أعمالا هددت الوحدة الوطنية أو السلام الاجتماعى أو سلامة الوطن .

هــذه هى أهم القرارات التى اتخذت فى تلك الفترة . وكما قلنا فقد اتخذت تلك القرارات بعد أحداث «الزاوية الحمراء» بحوالى شهرين ونصف، وكانــت الأمــور باعتراف الجميع هادئة وكانت مؤسسات الدولة كلها تسير ســيرا طبيعيا وعاديا . ولكن يبدو أن رئيس الجمهورية بدأ يحس أن حجم المعارضــة لسياسات قد أخذ يتزايد . والمعارضة لسياسات أنظمة الحكم فى الــبلاد الدستورية التى تأخذ بنظام التعددية شئ عادى وطبيعى بل أنه شئ يــدل علــى حــيوية المجتمع وسلامة بنيانه . ولكن يبدو أن الرئيس أنور الســادات كــان يرى الأمور على نحو آخر مما دفعه إلى اللجوء إلى المادة

٧٤ من الدستور التى وضعت لغير هذا الغرض على نحو ما أشرنا من قبل ونحن نتحدث عن شروط إغمائها واتخذ ما اتخذه من قرارات آثارت الغضب والسخط لدى كل الطوائف .

وفى ٦ أكتوبر ١٩٨١ اغتيال الرئيس السادات .

وتولــى رئاســة الجمهورية بعده الرئيس محمد حسنى مبارك الذي كان نائبا له .

وقــد اتجــه الرئــيس مبارك إلى امتصاص الغضب السائد واخرج المعتقليــن تــباعا بــل أنه استقبل بعض المعتقلين من الزعامات السياسية والشخصيات العامة فى مقره وأدار معهم حوارا طويلاً .

وأهمــية هــذا التطبيق الثاني للمادة ٧٤ من الدستور أن القرارات الــتى صدرت فى ظله كانت محلا للطعن أمام القضاء الإدارى على نحو ما ســنرى عــندما نــتحدث عــن موقــف القضاء من رقابة حالة الضرورة والقرارات التى تصدر فى ظلها مستندة إليها .

القسم الثالث

موقف القضاء من نظرية الضرورة

تمهيـــد وتقسيـــم :

في هذا القسم نعالـج :

موقف القضاء الأنـجلوسكسوني في فصل أول

ثم موقف القضاء في بعض البلاد الأوربية في فصل ثان .

وأخيراً ندرس موقف القضاء المصرى .

الفصل الاول

القضاء الانجلو سكسونى

المبحث الاول

القضاء الأمريكى

(قضاء المحكمة العليا فى الولايات المتحدة الأمريكية)

أتـيح للمحكمـة العلـيا فى الولايات المتحدة الأمريكية أن تتصدى لـنظرية الضرورة فى القانون الدستورى بشكل واضح ومباشر مرتين فيما نعلـم ، كانت أولاهما عام ١٨٦٦ وكانت الأخرى عام ١٩٥٢ ورغم مرور قـرابة قـرن مـن الـزمان بين الحكمين فإن المحكمة العليا ظلت متمسكة بموقفهـا مـن حيـث عـدم الاعـتداد بنظرية الضرورة فى مجال القانون الدستورى .

ونعرض الآن للقضيتين :

القضـية الأولى : وهـى المعروفة باسم Ex Parte Milligan (١٠ إبريل عام ١٨٦٦) .

وتلخص وقائع هذه القضية فى أن الرئيس إبراهام لنكولن الذى قاد حرب تحرير العبيد ووقف بصلابة فى مواجهة انفصال الجنوب عن الشمال رأى أن مـن واجبه فى تلك الظروف المضطربة أن يتخذ كل ما يجب اتخاذه مـن أجـل المحافظة على السلامة العليا للبلاد ومن الإجراءات التى اتخذها لنكولن إجراءات أوقفت بمقتضاها بعض ضمانات الحريات العامة للمواطنين

ومـــنها قـــانون الــــ Habeas Corpus الشهير . وقد استند لنكولن فى اتخـــاذه لهذه الإجراءات إلى نظرية الضرورة ، ومما قاله فى هذا الشأن(١): هـــل من الممكن أن نضحى بالأمة من أجل الدستور ؟ أننى أعتبر أن اتخاذ بعض إجراءات غير الدستورية من أجل سلامة الأمة هى إجراءات ضرورية ولابد منها وأولى بالتقديم على ما عداها . كذلك فإن لنكولن اعتبر أن القسم الـــذى أداه عـــند توليه الرئاسة والذى يقضى بالمحافظة على الدستور هو بذاتـــه يدفعه إلى اتخاذ هذه الإجراءات لكى يحافظ على الأمة ومن ثم على الحكومة ومن ثم فى النهاية على الدستور نفسه .

وهكـــذا يبين أن رئيس الجمهورية باعتباره رئيس السلطة التنفيذية اعـــتمد علـــى نظـــرية الضرورة ليصدر ما أصدره من قرارات مخالفا بها الدستور من أجل الحفاظ على سلامة الدولة .

فمـــاذا كان موقف المحكمة العليا من هذه الإجراءات عندما عرض عليها الأمر ؟

رفع الدعوى(٢) مواطن من ولاية انديانا اسمه ميليجان Milligan ذلك أن هذا الشخص أعتقل وحوكم أمام محكمة عرفية وحكم عليه بالإعدام وكـــان ذلـــك أثناء الحرب الأهلية أو حرب الانفصال كما تسمى فى التاريخ الأمـــريكى . ولكـــن المحكمة العليا نظرت القضية وأصدرت حكمها فيها بعد انتهاء الحرب وانتصار الشمال واغتيال لنكولن وولاية الرئيس التالى له .

---

(1) J. W. Garner : L'Executif aux Etats-un. En temps de guerre. R.D.P. 1918, P. 23 .

(٢) أنظر وقائع الدعوى ونص الحكم فيها وتعليقا عليها فى :

R.F. Cushman : Leading Constituional Decisiona 14ed. PP. 157-171.

وقد رفع Milligan دعواه بتاريخ ١٠ مايو ١٨٨٥ أمام المحكمة العليا طالبا الحكم بعدم دستورية الإجراءات التى حوكم بمقتضاها وبالذات عدم دستورية إيقاف الـ Hadras Corpus وبالتالى ضرورة محاكمته أمام محكمة عادية بإجراءات عادية .

وتصدت المحكمة للحكم فى الدعوى مقررة أن السؤال الأساسى فى القضية هو ما إذا كانت المحكمة العسكرية التى حاكمت ميليجان وحكمت عليه لها من الشرعية ما يؤهلها لذلك ؟

وفى بداية أجابتها على هذا التساؤل واستشعارا منها لمدى جسامة المسئولية قالت المحكمة أن سؤال أخطر من هذا السؤال - بما يعرض له من حريات الناس - لم يسبق أن تعرضت لمثله المحكمة .

وبعد أن تحدثت المحكمة عن طبيعة القوانين الجنائية استطردت إلى قولها «أن الدستور هو قانون المحكومين والحاكمين ، وفى الحرب والسلم على سواء ، وأنه يرعى بحمايته الناس من كل طبقة وفى كل الأوقات وتحت كل الظروف - ولا يوجد هناك ما يبرر إيقاف نصوص ذلك الدستور حتى فى أشد حالات الاقتضاء بالنسبة للحكومة» وقالت المحكمة أن القول يوجد مثل ذلك المبرر يؤدى أما إلى الفوضى أو إلى الاستبداد .

وتعرض المحكمة بعد ذلك لنظرية الضرورة بقولها (فى لغتها) :

«but the theory of necessity on which it is based is false, for the government, within the constitution, has all the powers granted to it which are necessary to preserve its existence...» [1] .

---

(١) المرجع السابق ص١٦٥ .

وبعد أن قررت المحكمة ذلك المبدأ الذى رفضت فيه بوضوح قاطع نظرية الضرورة - تساءلت عما إذا كانت هناك ضمانات معينه للحقوق اعتدى عليها فى قضية ميليجان ؟

واعتبرت المحكمة أن أول خرق لهذه الضمانات يتمثل فى محاكمة ذلك المواطن - الذى لم يكن من بين رجال القوات المسلحة - أمام محكمة عسكرية ، تلك المحكمة التى لم يقرر الكونجرس إنشاءها ولا يستطيع تقرير ذلك والتى لا تتكون من قضاه معينين على نحو سليم . وذلك كله يشكل مخالفة دستورية بما تضمنه من عدوان على ذلك الحق ، حق المواطن فى أن يحاكم أمام قاضيه العادى فى محكمة عادية . كذلك قالت المحكمة أن عدوانا ثانيا حدث على حقوق ذلك المواطن عندما حيل بينه وبين محاكمته أمام محكمة فيها محلفون .

وعادت المحكمة من جديد لتلمس نظرية الضرورة عندما ذكرت أن «هذه الأمة - تعنى شعب الولايات المتحدة الأمريكية - لا تستطيع أن تعيش دائما فى سلام وليس لها أن تتوقع أن حكامها سيكونون دائما من ذوى الحكمة والاتجاهات الإنسانية ، وأن رجالا أشرارا من الطامعين فى السلطة وممن يكرهون الحرية قد يجلسون يوما مكان واشنجتون ولنكولن ، وإذا سلمنا بهذا الحق - الحق فى الخروج على الدستور تأسيسا على الضرورة - فإن عدوانا مخيفا قد يرتكب ضد الحرية إذا قامت حرب أخرى»[١].

وذهبت المحكمة إلى حد القول «أن بلدا يعيش على أساس التضحية بكل مبادئ الحرية لا يستحق أن يعيش» وانتهت المحكمة العليا إلى اعتبار

---

(١) المرجع السابق - نفس الحكم ص١٦٨ .

أن محاكمة ميليجان كانت محاكمة غير قانونية .

وأفرج عن ذلك المواطن فى نفس يوم الحكم . ولكنه لم يكتف بذلك بـل أنـه رفـع دعـوى جديدة يطالب فيها بالتعويض عن مدة حبسه غير المشـروع منذ أن أصدر عليه الحكم من المحكمة العسكرية إلى حين صا. حكـم المحكمة العليا . وقد حكم له فعلا بتعويض رمزى عن مدة معينة من حبسه (من ١٣ مارس إلى ١٠ أبريل١٨٦٦) .

وهـذا الحكم الذى حرصنا على نقل كثير من عباراته واضح الدلالة على اتجاه المحكمة العليا وعلى رفضها المطلق لنظرية الضرورة وما يمكن أن يتخذ على أساسها من إجراءات لا تتفق مع أحكام القانون أو الدستور .

القضية الثانية : وتعـرف باسـم قضـية عمال مصانع الصلب[١]. (٢ يونيه ١٩٥٢) .

على أن اسمها فى مراجع الأحكام الأمريكية يكتب كالآتى :

Youngstown Sheet & Tube Company V. Sawyer

وتخلص وقائع هذه القضية فى أن نزاعا عنيفا حول الأجور ثار بين اتحـاد عمـال الصـلب وشـركات الصلب فى الولايات المتحدة . وفى ١٨ ديسمبر ١٩٥١ أعلن اتحاد العمال أن إضرابا عاما سيبدأ يوم ٣١ ديسمبر.

---

(1) R.F. Cushman : op. cit., pp. 49-63 .

وكما هو الشان فى القضية السابقة فإن ذلك المرجع يعرض لوقائع القضية والحكم فيها والتعليق عليها .

وانظر أيضا فى شأن هذه القضية : أحمد كمال أبو المجد : الرقابة على دستورية القوانيـن فـى الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصرى - رسالة دكتوراه - القاهرة ١٩٦٠ ص١٤٨ - ١٥٢.

وبعد أن صدر ذلك الإعلان جرت محاولات للحيلولة دون الإضراب وللتوفيق بيـن العمال وأصحاب الأعمال ولكنها فشلت جميعا . وأحال الرئيس النزاع إلـى المكتـب الفـيدرالى لاسـتقرار الأجـور The Federal Wage Stabilization Board الـذى درس الموضـوع واسـتمع لوجهات نظر الطرفين ثم تقدم بتوصيات فى ٢٠ مارس ١٩٥٢ رفضتها شركات الصلب .

وفـى ٤ أبـريل ١٩٥٢ أعلن اتحاد العمال أنه سيدعو إلى إضراب عام على مستوى البلاد كلها يبدأ يوم ٩ أبريل ١٩٥٢ . وقبل بدء الإضراب بساعات أمر الرئيس وزير التجارة السيد Sawyer بان يستولى على معظم مصـانع الصلب فى البلاد وأن يتخذ ما يلزم من إجراءات لتشغيلها ، وعلى الفور بدأ وزير التجارة فى تنفيذ الأمر واتخاذ الإجراءات اللازمة لذلك .

وقـد قام الرئيس بإخطار الكونجرس فى ٩ أبريل ثم فى ٢١ أبريل بأمر الاستيلاء ولكن الكونجرس لم يحرك ساكنا .

وكـان الرئيس قد استند فى قراره بالاستيلاء على شركات الصلب إلـى أهمية صناعة الصلب بالنسبة للإنتاج فى الصناعات الحربية وأهميتها بالنسـبة للـتفوق العسكرى فى مواجهة القوى الأخرى وإلى أن الإضراب سـيؤدى إلـى نـوع من الشلل فى إمكانيات الدفاع عن البلاد والدفاع عن أولـئك الذين ارتبطوا بالولايات المتحدة ، وأنه سيؤدى إلى زيادة المخاطر التى يتعرض لها جنود وطيارو الولايات المتحدة العاملون فى الميدان .

وهذا الذى أستند إليه رئيس الولايات المتحدة – باعتباره قائدا عاما للقـوات المسـلحة فى نفس الوقت بنص الدستور – هو ما يبرر القول بأن حالـة من حالات الضرورة قد قامت نظرا لأن السلامة العامة للبلاد – وفقا لتقدير رئيس الدولة – أصبحت معرضة لخطر جسيم .

فماذا كان موقف القضاء ؟

بمجـرد صـدور قرار الرئيس بالاستيلاء لجأت شركات الصلب إلى المحكمة الاتحادية بولاية كولومبيا – لسبب من أسباب الاختصاص – طالبة التقرير بعدم قانونية قرار الرئيس باعتبار أنه لا يملك سلطة إصداره . ودفعت الحكومة ذلك الطلب بأن الإضراب المزمع يهدد سلامة البلاد ويعرض إمكانيات الدفاع عنها لخطر جسيم وحال .

وفى يوم ٣٠ أبريل ١٩٥٢[١] أصدرت المحكمة حكمها مقرره أن لا اختصاص للرئيس بإصدار مثل هذا الأمر ، وفى نفس اليوم كان الأمر معروضا على المحكمة الاستئنافية .

ولكن المحكمة الاستئنافية لم يقدر لها أن تنظر الموضوع ذلك أن القضية نقلت إلى المحكمة العليا لنظرها بتاريخ ٣ مايو ١٩٥٢ . (وذلك اعتمادا على وسيلة من وسائل المرافعات لديهم يقال لها certiorao) .

ومما يدل على أهمية القضية وصعوبتها أن قضاة المحكمة انقسموا إلى ستة قضاة فى ناحية وثلاثة فى ناحية أخرى ، وأن سبعة من قضاة المحكمة كتبوا آراء منفصلة استغرقت ١٢٨ صفحة[٢].

وذهبت أغلبية المحكمة – ستة قضاة – إلى تأييد حكم محكمة الولاية مقررة أن الرئيس لا يملك إصدار مثل ذلك الأمر لا بوصفه

---

(١) فى المرجع الأمريكى الذى أشرنا إليه «Cushman» ذكر التاريخ على أنه فى ٢٠ أبريل «ص٥٣» وجاء فى رسالة الدكتور أحمد كمال أبو المجد «ص١٤٩» أنه فى ٢٩ أبريل .

(2) Cushman : op. cit., P. 53 .

رئيسا للولايات المتحدة الأمريكية ولا بصفته قائدا عاما لقواتها المسلحة . وأن ثمة إجراءات للاستيلاء على الملكية الخاصة فى حالات الضرورة حددها الكونجرس ولكن الرئيس لم يلجأ إلى هذه الإجراءات .

وقد كتب رأى المحكمة – أى الحكم – القاضى بلاك **Mr. Justice Black** وقد بدأت أسباب الحكم بأن المطروح على المحكمة هو معرفة ما إذا كان الرئيس قد تصرف دستوريا عندما أصدر أوامره لوزير التجارة بالاستيلاء على معظم مصانع الصلب فى البلاد وإدارتها .

وناقشت المحكمة سلطات رئيس الدولة فى مثل الظروف التى صدر فيها هذا الأمر وانتهت إلى أنه لا يملك إصداره ، وان ما أثير من مقارنة بين حكومة الولايات المتحدة وحكومات أخرى تملك حرية التصرف فى مثل هذه الظروف لا يجعل المحكمة تذهب إلى مثل ما ذهبت إليه تلك الحكومات. وقالت المحكمة أن الثمن الذى تدفعه حكومة الولايات المتحدة الأمريكية نتيجة حرمانها من مثل هذا التصرف ليس غاليا جدا إذا قورن بما يؤدى إلى الحفاظ عليه من حقوق وحريات .

وإذا كان الحكم لم يعرض مباشرة إلى نظرية الضرورة إلا أن اتجاهه مع ذلك كان واضحا إذ أن رفضه التسليم بمثل هذه السلطة لرئيس الجمهورية فى مثل هذه الظروف هو فى ذاته رفض للنظرية .

ومع ذلك فإن قاضى المحكمة العليا «**Douglas**» فى رأى انفرادى مؤيد للحكم عرض صراحة لنظرية الضرورة مقررا أنها لا تنشئ مكنة

معينة ليست مقررة من قبل[١].

وهكذا يبين أن المحكمة العليا فى الولايات المتحدة الأمريكية حينما أتيح لها أن تتعرض لنظرية الضرورة بحسبانها مبررا للخروج على النظام القانونى العادى من أجل الحفاظ على سلامة الدولة - يبين لنا أن المحكمة العليا رفضت ذلك الاتجاه صراحة وبغير مواربة .

المبحث الثانى

القضاء البريطانى

يجب أن يكون واضحا فى أذهاننا وجود أمرين قبل أن نتحدث عن القضاء البريطانى ونظرية الضرورة ، أما أول هذين الأمرين فهو مرونة الدستور البريطانى وكيف أن البرلمان يملك كل السلطة ويملك بقانون عادى أن يعدل حكما دستوريا . وهذا أمر معروف لا يحتاج منا هنا إلى إعادة الحديث عنه . ويترتب على هذا الأمر أن موضوع رقابة دستورية القوانين هو أمر لا يمكن أن يثار فى المملكة المتحدة ، ذلك أن إثارة موضوع

---

(1) «But the emergency did not create power, it merely marked an occasion when power should be exercised. And the fact that it was necessary that measures be taken to keep steel in product. Ion does not that the President rather than the Congers, has the constitiutional authority to act.» Cushman P. 57 .

وأنظر أيضا المناقشات التى جرت بين المحكمة ومندوب الحكومة وقد أثيرت فيها أيضا نظرية الضرورة على نحو يبين تمسك الحكومة بالنظرية وعدم اعتداد المحكمة بها (كمال أبو المجد هامش رقم ٢) ص١٥١ويمتد الهامش إلى ص١٥٢.

الدستورية تقتضى كمقدمة أساسية لها أن يكون الدستور جامدا .

هذا هو الأمر الأول .

أمـا الأمـر الـثانى فهـو التقليـد الـذى درجت عليه الحكومات والبرلمانات فى بريطانيا فى أوقات الحروب والأزمات ذلك التقليد الذى كان الـبرلمان بمقتضـاه يعطـى الحكومـة سلطات كاملة pleins pouvoir لمواجهـة الأزمـات والمحافظـة على سلامة الدولة. وكان البرلمان يعطى الحكومة هذه السلطات بمقتضى قوانين تسمى عادة Emergency acts .

وقـد أشـرنا إلـى ذلـك ونحن بصدد الحديث عن الفقه البريطانى وموقفـه من النظرية ، ورأينا أيضا أنه فى الماضى كان التاج يتمتع بنوع مـن الامتيازات فى حالات الأزمات وان هذا الامتياز قد توقف فعلا منذ زمن طويـل حتى قبل إلغائه رسميا وحلت محله القوانين التى يصدرها البرلمان لمواجهة تلك الأزمات .

وفـى ١٨ أغسـطس ١٩١٤ - بمناسبة الحرب العالمية الأولى - أصدر البرلمان قانونا يعطى الحكومة سلطات واسعة جدا لمواجهة الموقف، ويطلـق على هذا القانون اسم The Degence of the Realm وقد جاء فى المادة الأولى من هذا القانون :

"His Magesty in Council has power during the continuance of the present War to issue regulations as to the powers and duties ... for securing the public safety and the defence of the realm and may by such regulations authorize the trial by courts martial and punishment of persons contravening any of the provisions of such regulations..."

ومع وضوح هذا النص فإن مواطنا بريطانيا – حصل على الجنسية البريطانـــية قبل وقائع القضية بوقت قصير – قد قبض عليه وقدم للمحاكمة وحكم عليه وحبس على أساس ارتكابه جريمة من الجرائم التى نصت عليها إحدى اللوائح التشريعية الصارة بمقتضى القانون السابق الإشارة إليه .

وكـــان دفـــاع الحكومـــة علـــى لسان النائب العام واضحا وهو أن الحكومـــة عندما أصدرت لوائح لمواجهة ضرورات الحرب ، وعندما حرمت أفعـــالا معيـــنة وأنشأت محاكم عرفية إنما كانت تتصرف فى حدود سلطاتها التى أضفاها عليها القانون المذكور .

ولم يشر النائب العام إلى الاستناد إلى نظرية الضرورة لأنه لم يكن فـــى حاجة إلى الاستناد إليها ولديه نص القانون الذى أعطى الحكومة حق التشـــريع الفرعى وأعطاها الحق فى ذلك التشريع فى التجريم نظرا لظروف الحرب .

ولكـــن محامى Zadig طعن فى إجراءات المحاكمة العرفية واعتبر أن موكله لم يصدر ضده حكم judgement بالمعنى القانونى ، ذلك أن مثل هـــذا الحكم لابد وأن يصدر من قضاة عاديين وبعد أخذ راى المحلفين وقال أن البرلمان كان يستطيع – لو هو كان يقصد – أن ينص صراحة على حق الحكومة فى إنشاء مثل هذه المحاكم وإعطائها حق الحكم .

وفـــى المراحل الثلاث التى نظرت فيها القضية أمام محكمة الدرجة الأولـــى أمام محكمة الاستئناف ثم أمام مجلس اللوردات رفضت وجهة نظر المتهم ومحاميه وأقرت وجهة نظر الحكومة واعتبر أن الحكومة قد تصرفت فى نطاق الاختصاص الممنوح لها من البرلمان ولم تخرج عنه .

مما يتقدم يتضح لنا لماذا لم نعثر على أحكام من القضاء البريطانى تعرض صراحة لنظرية الضرورة ذلك أن المشرع هناك أغنى السلطة التنفيذية ويغنيها دائما فى الأزمات عن الاستناد إلى هذه النظرية بما يعطيه لها من سلطات تواجه بها الأزمات وتحافظ بها على سلامة الدولة فى ظل رقابة البرلمان السياسية بطبيعة الحال[1].

---

(١) أنظر عرضا واضحا لهذا الموضوع فى :

S.A. de Smith : Constitutional and Administrative Law PP. 513 et s.

وأنظر أيضا :

Gaston Jéze L'Executif en temps de guerre Les pleins pouvoir. "En Bretagne" . R.D.P. 1917 PP. 27 et s.

الفصل الثانى

القضاء فى بعض البلاد الأوربية

ونعرض هنا للقضاء فى كل من فرنسا وسويسرا . ونخصص مبحثًا لكل واحد منهما.

المبحث الأول

القضاء الفرنسى

وبالنســبة للقضاء الفرنسى فأننا يجب أن نفرق بين القضاء العادى وعلى رأسه محكمة النقض ، والقضاء الإدارى – ذلك أن كلاً من القضاءين أخذ موقفاً مختلفا عن موقف الأخر .

المطلب الأول

القضاء الفرنسى العادى

وقف القضاء الفرنسى العادى وعلى رأسه محكمة النقض الفرنسية دون محاولــة الاســتناد إلى نظرية الضرورة للخروج على القواعد العامة للشرعية حتى فى أوقات الأزمات .

وقــد كانــت الحــرب العالمية الأولى هى المناسبة التى أثيرت فى أثــنائها نظرية القضاءين . من الإجراءات والقرارات التى اتخذتها السلطة التنفــيذية وخرجت بها عن نطاق المشروعية العادية وأسستها على نظرية الضرورة .

وكانت الحكومة قد أصدرت عددا من القرارات واللوائح التشريعية العامة ونصت على عقوبات معينة لمخالفة تلك اللوائح .

ولم تكن الحكومة فى إصدارها لتلك اللوائح تستند إلى قانون معين يبيح لها إصدارها ، ولم تكن تستند إلى نص فى الدستور . وإنما استندت إلى ضرورات الحرب .

وفى ظل الأوضاع العادية فإن هذه القرارات واللوائح لا يجوز إصدارها إلا استنادا إلى قانون .

فماذا كان موقف محكمة النقض من هذه اللوائح ؟

اتخذت المحكمة العليا للقضاء العادى فى فرنسا موقفا ثابتا يقضى برفض هذا الحق للحكومة وبعدم الاعتداد بنظرية الضرورة التى استندت إليها .

وكان اختصاص محكمة النقض ينعقد للنظر فى أمر هذه اللوائح بمناسبة ما كانت عليه من عقوبة جنائية على مخالفة أحكامها ، وكان الأفراد الذين تطبق عليهم هذه العقوبات يطعنون بالنقض لأنه قد حكم عليهم، أو كانت النيابة العامة تطعن لأنه قد حكم ببراءتهم إلى أن وصل الأمر أمام محكمة النقض فقضت فيه صراحة وفى أكثر من مرة بأن الحكومة «لا يجوز لها بمرسوم أن تغير من أحكام التشريعات القائمة وأنها لا تستطيع أن تفرض عقوبات طالما أنها لم تفوض بذلك صراحة فى القانون»[1]. وكان ذلك بمناسبة لائحة أصدرتها الحكومة ترفع فيها نسبة «نخيل الطحين **blutage**» أكثر من النسبة المقررة فى التشريع القائم ،

---

(1) Cass Crim 3 Nov. 1917 Sirey 1917, 1. 145 .

وفرضـت الحكومـة فـى المرسوم الذى أصدرته برفع النسبة عقوبة على المخالفين .

وقد أصدرت الحكومة هذا المرسوم بتاريخ ٣ مايو ١٩١٧ أى أثناء الحرب ولمواجهة ضرورات الحرب ونقص المواد التموينية ، ولكن محكمة الـنقض الفرنسـية لـم تر فى هذه الظروف ما يبرر الخروج على الأحكام العامة للشرعية المقررة لحكم الأوضاع العادية وذلك فى حكمها المشار إليه والصادر بتاريخ ٣ نوفمبر ١٩١٧ .

وقد عادت المحكمة إلى تأييد هذا الموقف فى حكم لها مشابه للحكم السـابق – ألغت فيه حكما لمحكمة الاستئناف فى Nimes – ورفضت فيه الاعـتداد بـنظرية الضـرورة كأساس للخروج على قواعد الشرعية وذلك بتاريخ ٣١ مايو ١٩١٨[١].

وكـان طبيعيا أن يرحب الفقه الفرنسى المعارض لنظرية الضرورة كنظرية قانونية بهذا الموقف لمحكمة النقض الفرنسية .

وفـى ذلـك يقول بارتلمى : إننا يجب أن لا نطلب من القاضى وهو المحامى للقانون أن يكون شريكا للحكومة فى مخالفة القانون[٢].

والحقـيقة أنـنا نسـتطيع أن نفهم هذا الموقف من محكمة النقض الفرنسـية ومـن دائـرتها الجنائية بالذات ، أن التشريع الجنائى الذى كان المهـد الأول الـذى ولـدت فـيه نظرية الضرورة من قديم ، هذا التشريع

---

(1) Cass. Grim. 31 Mai 1918. G. P. 1918 P. 320 .
مشار إليه فى رسالة Mlle Camus السابق الإشارة إليها ص٦٣ هامش رقم ٧٠ .

(٢) بارتلمى ودويز : المرجع السابق ص٣٤٥ حيث يقولان أيضا عن القاضى :
«il n'a pas à favouriser l'illegalité » .

الجـــنائى فى فرنسا لم يتضمن نصا يتعلق بحالة الضرورة مما جعل القضاء فى موقف بالغ الحرج فى مواجهة هذا الوضع فى إطار قانون العقوبات .

وقـــد اضطر القضاء العادى اضطرارا – وعلى رأسه محكمة النقض – عندما كان يواجه حالة من حالات الضرورة فى إطار قانون العقوبات أن يبحـــث عمن ينفذ منه لكى ينتهى إلى ما تنتهى إليه حالة الضرورة دون أن يســـتند إليها ، وذلك كأن يستند إلى حالة الإكراه المعنوى أو انعدام القصد الجنائى أو ما إلى ذلك[1].

فـــإذا كـــان هـــذا هـــو الشأن بالنسبة لنظرية الضرورة فى قانون العقوبات للخروج عن نطاق الشرعية فى أوقات الأزمات يكون موقفا مبررا ومفهوما .

المطلب الثانى

موقف القضاء الإدارى

القضاء الإدارى أكثر تحررا من القضاء العادى ، ذلك أنه لا يتحرك وحوله من النصوص ما يحيط بالقضاء العادى من ناحية ، كذلك ومن ناحية أخـــرى فـــإن القضاء الإدارى بحكم نشأته وبحكم خبرته واحتكاكه بالإدارة العامة أقدر على تقدير ظروفها وأوضاعها .

لذلـــك فـــإن وجود قضاء إدارى فى فرنسا – وعدم وجود مثل هذا القضاء حتى الآن فى النظام الانجلو سكسونى – جعلنا نجد موقفا جديدا من

---

(١) أنظـــر فـــى ذلك إبراهيم زكى اخنوخ «حالة الضرورة فى قانون العقوبات» رسالة دكتوراه ص١٢٨ وغيرها .

نظـرية الضرورة يختلف عن الموقف الذى وقفه القضاء العادى سواء فى النظام الانجلو سكسونى – أمريكا وإنجلترا – أو فى النظام الفرنسى .

ومـنذ الـبداية وأثـناء الحرب العالمية الأولى أخذ مجلس الدولة الفرنسـى موقفـا مغايـرا لموقـف محكمـة النقض ، موقفا اعتد بنظرية الضـرورة وأن أطلـق علـيها مسميات مختلفة ، فأحيانا يسميها «نظرية سـلطات الحرب Theorie des pouvoirs de guerre وأحيانا يسميها نظـرية سلطات فترة الأزمة Theorie des pouvoirs de crse وأحيانا يسـميها «نظـرية الظـروف الطارئة Theorie des circonstances exceptionnelles وأحـيانا يسميهـا نظريـة الضرورة Theorie de nécessité .

علـى كـل حـال فـإن مجلس الدولة الفرنسى ذهب إلى أن نطاق الشـرعية هـو نطاق متحرك وليس نطاقا جامدا ، وأن ذلك النطاق إن كان ضـيقا فـى الأوقـات العاديـة فإنه يتسع فى أوقات الأزمات ليصحح ما لا تصححه الظروف العادية .

ولعل أول حكم للمجلس فى هذا الصدد هو الحكم الصادر بتاريخ ٢٨ يونـية ١٩١٨ والمعروف باسم حكم Heyriés وهذا الحكم باعتباره ايذانا بمولـد هـذه الـنظرية قضائيا فى فرنسا يستحق منا أن نقف عند وقائعه وأسبابه بعض الشئ .

وتخلـص الوقـائع فى أن رئيس الجمهورية أصدر مرسوما بتاريخ ١٠سـبتمبر ١٩١٤ يقضى بإيقاف المادة ٦٥ من قانون ٢٢ أبريل ١٩٠٥ الخاص ببعض ضمانات الموظفين حتى نهاية الحرب التى كانت قد بدأت منذ عدة أسابيع آنذاك .

وتقضـــى هذه المادة بضرورة إطلاع الموظف على ملف خدمته قبل توقـــيع جزاء تأديبى عليه ، ولكن فى بداية الحرب شعرت الحكومة أنها فى حاجة إلى عدم مراعاة التقيد ببعض الضمانات المنصوص عليها للموظفين عـــند وجـــود مـــبرر لتوقيع عقوبات تأديبية عليهم قد تصل إلى حد الفصل وإنهـــاء العلاقة الوظيفية ، وقد يتصل ذلك بأمن الدولة نفسه ، لذلك أصدر رئـــيس الجمهورية – فى بداية الحرب – المرسوم المشار إليه والذى ينص على تعطيل حكم المادة ٦٥ من قانون ٢٢ أبريل ١٩٠٥ .

وفى ظل هذا المرسوم فصلت الحكومة الموظف Hryries دون أن تمكـــنه من الإطلاع على ملف خدمته . فلجأ ذلك الموظف إلى مجلس الدولة طاعـــنا فى ذلك القرار وبنى الوجه الأول من وجهى طعنه على أن السلطة التنفيذية لا تملك إصدار المرسوم الذى أصدرته والذى عطلت بمقتضاه نصا فى قانون . فماذا كان موقف مجلس الدولة الفرنسى ؟ أصدر مجلس الدولة حكمه فى هذه القضية بتاريخ ٢٨ يونيو ١٩١٨ مقرا الحكومة على موقفها معتـــبرا أن المرسوم الذى أصدره رئيس الجمهورية) بإيقاف تلك الضمانة فـــى فـــترة الحرب صحيحا ومشروعا ، وبالتالى انتهى المجلس إلى رفض دعوى الموظف[١].

وقـــد استند المجلس فى حكمه إلى أن رئيس الجمهورية وقد ناطت بـــه المادة الثالثة من القانون الدستورى الصادر بتاريخ ٢٥ فبراير ١٨٧٥ تنفيذ القوانين فإنه يجب عليه وفقا لذلك أن يسهر على سير المرافق العامة الـــتى أنشـــأتها القوانين واللوائح ، وأن يكون سيرها بانتظام وأن لا يؤدى

---

(1) Les Grands Arrêts de La Jurisprudence Administrative. 4ed. 1965 pp. 137 et s.

قيام الحرب إلى عرقلة سيرها .

"...que les difficultés resuitant de la guerre n'en paralysent pas la marche ... qu'à raison des conditions dans lesquelles s'exercaient en fait à cetteepoque les pouvoirs publics, il (le President) avait la mis-sion d'edicter lui-même les measures indispensables pour l'exécution des services publics places sous son autorité "[١]

والذى يبدو من أسباب الحكم أنه استند فى تبريره لموقف الحكومة وتصـــحيحه لمرسوم الصادر فى ١٠ سبتمبر ١٩١٤ إلى المادة الثالثة من القانون الدستورى الصادر بتاريخ ٢٥ فبراير ١٩٧٥ إلا أن الفقه الفرنسى فى جملته يعتبر أن هذا الحكم يستند – فى جوهره – على نظرية الضرورة.

وقـــد ذهـــب إلـــى ذلـــك هوريو فى تعليقه على الحكم إذ اعتبر أن الحكومة قد أصدرت المرسوم المشار إليه تحت ضغط ضرورة الحرب[٢].

والفقهاء الفرنسيون الذين يهاجمون نظرية الضرورة يهاجمون هذا الحكـــم باعتباره هو الذى يمثل بداية وجودها فى القضاء الفرنسى والفقهاء الذين يقبلون النظرية يستندون إلى هذا الحكم لتأييد وجهة نظرهم[٣].

تقول **Mlle Camus** فى بيان أساس هذا الحكم[٤]:

---

(١) المرجع السابق الإشارة إليه «مجموعة الأحكام الكبرى :ص١٢٧ .

(2) Sirey 1922 pp. 3. 49 .

(٣) أنظـــر مـــثلا للمعارضـــين **Esmein** المرجع السابق الإشارة إليه ص٩٩ ، ١٠٠
وأنظـــر مثلا للمؤيدين **Duguit** المرجع السابق افشارة إليه ص٧٠١ وما بعدها
وهوريو المرجع السابق ص٤٤٨ وما بعدها .

(4) Mlle Camus : op. cit., p. 187 .

«Le veritable fondement de l'arret est l'état necesssité, la doc-trine l'a tout de suite mis en lumiére»

ولعل من بواكير الأحكام التى أشارت – بصفة عامة – إلى ضرورات الحرب وما يترتب عليها من توسيع نطاق المشروعية حكم المجلس الصادر فى ٢٨ فبراير ١٩١٩ فى قضية السيدتين Dol et Laurént [(١)].

وقد توالت أحكام مجلس الدولة بعد ذلك وباطراد فى هذا الاتجاه .

ومـن الأحكـام الحديثة – نسبيا – والتى تؤكد استمرار واستقرار المجلس على قضائه السابق حكمه بتاريخ ٧ يولية ١٩٥٠ والمعروف باسم حكم Deharne [(٢)].

وفى هذا الحكم أجرى المجلس موازنة بين حق الإضراب كما تحميه وتنظمه القوانين السائدة من ناحية ، والمصالح العامة للبلاد التى قد يهددها الإضـراب بأضـرار مـن ناحـية أخرى ، وانتهى المجلس إلى جواز منع الإضراب – مع النص على إباحته قانونا ومع عدم صدور اللائحة التنفيذية للقانون المنظم لحق الإضراب – إذا كان فى ذلك تحقيق مصلحة عامة تربو على مصلحة المضربين .

بـل أن مجلـس الدولـة ذهب فى أحد أحكامه الصادرة فى أواخر الحـرب العالمـية الثانـية إلى اعتبار أن قرار عمدة بلدة من البلاد بفرض ضـريبة محلـية هو قرار مشروع – على عكس ما تقضى به قواعد فرض الضـرائب والرسوم – نظرا لظروف الحرب واستحالة جمع المجلس البلدى للحصول على قرار فى هذا الشأن . (مع مراعاة أنه حتى هذا القرار يحتاج

---

(١) مجموعة الأحكام الكبرى (سابق الإشارة إليه) ص١٥٢ ، ١٥٣ .

(٢) مجموعة الإحكام الكبرى ص٣٢٨ ، ٣٢٩ .

إلـــى تصـــديق) . ويـــرى الأستاذ الدكتور محمود حافظ أن هذا الحكم يعتبر تطبيقا نموذجيا لنظرية الضرورة(١).

ولعله من العسير أن نحاول تتبع الأحكام التى تسير فى هذا الاتجاه مقررة حق السلطة التنفيذية فى تخطى الحدود العادية للمشروعية لمواجهة حالة الضرورة تحت رقابة القاضى بطبيعة الحال الذى يملك التأكد من توافر حالـــة الضرورة ، ذلك أن هذه الأحكام عديدة(٢)، إلا أننا سنعود إلى الإشارة إلـــى بعـــض الأحكـــام الحديـــثة عندما نتحدث عن المادة ١٦ فى الدستور الفرنسى والتنظيم الذى أقامته على أساس من نظرية الضرورة .

المطلب الثالث

الرقابة على تطبيق المادة ١٦

هـــناك ثـــلاث صـــور مـــن الـــرقابة يمكن بحثها بالنسبة للسلطات الاستثنائية الناجمة عن تطبيق المادة ١٦ ، وهذه الصور الثلاث هى :

- الرقابة السياسية ويقوم بها البرلمان .
- الرقابة الدستورية ويقوم بها المجلس الدستورى .

---

(1) Mahmoud Hafez : La Delegation Legislative En France Et En Egypte (These) Le Caire 1956 p. 174.

(٢) أنظر أيضا عديدا من الأحكام أشار إليها دى لوبادر :

A. De Landbadére : Théoté de Droit Administratif. T. l, 1967, pp. 232-233.

وكذلك الأحكام التى أشار إليها الأستاذ العميد الطماوى فى المرجع السابق الإشارة إليه فى ص٥٩٤، ٥٩٥، ٥٩٦ (والهوامش بصفة خاصة) .

- والرقابة القضائية ويقوم بها - أساسا - مجلس الدولة .

وندرس هذه الصور الثلاث على التوالى .

الفرع الأول

الرقابة السياسية

الرقابة السياسية هى تلك التى يقوم بها البرلمان .

ولا شـــك أن الرأى العام يلعب دورا ضخما فى هذا النوع خاصة فى بلـــد مـــثل فرنســـا ، ولكن رقابة الرأى العام تخرج بطبيعتها عن أن تكون موضوعا للدراسة الدستورية الوضعية ، لذلك فإننا عندما نتكلم عن الرقابة السياسية نتكلم أساسا عن رقابة البرلمان أو عن الرقابة البرلمانية .

وتذهـــب Mlle Camus إلـــى أن الـــرقابة السياسية هى الصورة الأساســـية مـــن صور الرقابة على الجهاز الذى يباشر سلطات الضرورة ، ذلـــك أن حالة الضرورة لها صفة سياسية أساسية إلى جوار ما تؤدى إليه مـــن أوضـــاع قانونـــية ، وهذا الجانب السياسى لحالة الضرورة يجعل من الأجهزة السياسية أكثر فاعلية وأكثر كفاءة فى رقابة سلطات الضرورة من غيرها[١].

علـــى أنـــنا رأيـــنا أنه فى ظل التنظيم الذى وضعته المادة ١٦ فإن الحكومـــة لا تستطيع أن تحل الجمعية الوطنية وكذلك فإن الجمعية الوطنية بدورها لا تملك أن تطرح الثقة بالحكومة .

---

(1) Mlle Camus : op. cit., p. 352 et s.

وبذلـــك فـــإن الصـــورة الأساسية الفعالة من صور رقابة البرلمان للحكومة أو للسلطة التنفيذية بصفة عامة وعلى رأسها رئيس الجمهورية لا يقوم أثناء تطبيق المادة ١٦ من دستور ١٩٥٨ فى فرنسا .

وإذا كان البرلمان لا يملك طرح الثقة بالحكومة ، ولا يملك من باب أولـــى محاســـبة رئـــيس الجمهورية على قراراته التى يتخذها استنادا إلى المادة ١٦ من الدستور فإن البرلمان يستطيع أن «يناقش» هذه الإجراءات. والواقـــع أننا يجب أن لا نستهين بذلك «الحق فى المناقشة» من ناحية وأن لا نبالغ فى أهميته من ناحية أخرى .

أما كوننا لا نستهين به فلا شك أنه فى بلد كفرنسا تقوم على أساس تعدد التنظيمات الحزبية ، وفى ظل أوضاعها التى لا يتمتع فيها حزب واحد بأغلبية ظاهرة تغدو المناقشات السياسية فى البرلمان أمرا فى غاية الأهمية خاصة فى فترات الأزمات ، تلك الفترات التى تحمل فى طياتها توفرا طبيعيا تزيد من حدته تلك المناقشات بطبيعة الحال .

وقـــد حرصت المادة ١٦ - تأكيدا منها لأهمية الرقابة البرلمانية - على أن تقرر أمرين سبق أن أشرنا إليهما اجتماع البرلمان بقوة القانون ، وعـــدم إمكانـــية حل الجمعية الوطنية . ولا شبهة أن النص الدستورى كان يقصـــد مـــن وراء ذلك أن يوجد البرلمان كجهاز يراقب رئيس الجمهورية أثـــناء تطبيق المادة ١٦ حتى وإن كان لا يستطيع أن يصل بتلك الرقابة إلى حد سحب الثقة من الحكومة .

والـــبرلمان إذ يملـــك مناقشـــة الإجـــراءات الـــتى يـــتخذها رئيس الجمهورية بناء على المادة ١٦ لا يملك لدى الرأى الغالب فى الفقه - وهو مـــا جرى عليه العمل أثناء أزمة ١٩٦١ - أن يعدل فى هذه الإجراءات أو

أن يلغـــيها ذلك أن هذه الإجراءات يلجأ إليها رئيس الجمهورية استنادا إلى الدستور نفسه لا بتفويض تشريعى يملك البرلمان مراقبته أو تحديده . كذلك وتأسيســـا علـــى نفـــس هـــذا التعليل فإن الإجراءات التى يلجأ إليها رئيس الجمهوريـــة بمقتضـــى المادة ١٦ لا تحتاج إلى الرجوع إلى البرلمان لكى يصـــدق عليها ، إنها تستند إلى نص الدستور نفسه ، وقد أطلق النص حق رئـــيس الجمهوريـــة فـــى اتخاذ تلك الإجراءات ما دامت الشروط الشكلية والموضوعية التى تحدثنا عنها قد توافرت وليس من بين هذه الشروط حق البرلمان فى التصديق على الإجراءات المتخذة(١) .

والحقيقة كما يقول الأستاذ جورج برليا فإنه أثناء تطبيق المادة ١٦ عام ١٩٦١ فإن أى رقابة للبرلمان لم تكون موجودة(٢) .

ولعل من الأسباب التى ساعدت على ذلك الوضع أولا عدم مسئولية الرئـــيس السياسية أمام البرلمان وكونه هو الذى يباشر سلطات المادة ١٦ من ناحية ، كذلك ومن ناحية أخرى رغبة الأغلبية البرلمانية فى تلك الفترة فـــى مســـاعدة ديجول على حل المشكلة الجزائرية التى كانت وراء محاولة التمرد العسكرى فى الجزائر والتى أدت إلى إعلان تطبيق المادة(٣) .

رقابة البرلمان وتوجيه تهمة «الخيانة العظمى» :

إذا كـــان رئـــيس الجمهوريـــة غير مسئول سياسيا عن أعماله فى مواجهـــة البرلمان ، وإذا كانت سلطاته أثناء الرجوع إلى المادة ١٦ تصل إلـــى حد اعتبارها «دكتاتورية مؤقتة» كما يقول اندريه هوريو فإن البرلمان

---

(1)Lamarque : op. cit., p. 622. et Mlle Voisset op. cit.. p. 234.
(2) Berlia : L'application de l'article 16 et les rapports du Parlement et du Couvenment. R.D.P. 1961, p. 1016 et s .
(3) Mlle Voisset : op. cit., p, 238 .

يملــك مــع ذلــك إذا انحرف رئيس الجمهورية فى استعماله لسلطاته التى تمــنحها له المادة ١٦ انحرافا خطيرا – يملك البرلمان أن يوجه إليه تهمة الخيانة العظمى «haute trahison» .

والخيانة العظمى فى مفهوم نص المادة ٦٨ من الدستور التى يمكن توجــيهها لرئيس الجمهورية إذا انحرف انحرفا خطيرا فى استعمال سلطاته الناشئة عن تطبيق المادة ١٦ ليست هى الخيانة العظمى بالمفهوم الجنائى.

إنهــا فكرة «مطاطة» «notion elastique» على حد تعبير العميد فيديل[1].

وهــى ليســت فكــرة قانونية بحتة وإنما هى تقع على التخوم بين السياســة والقانون كما يقول ديفرجيه[2]. بل يذهب البعض إلى أن «الخيانة العظمــى» بالمفهوم السياسى قد تتسع لتشمل أفعالا ليست جرائم بل أفعالا قانونــية ولكن تلك الأفعال يمكن أن تؤدى لأسباب سياسية إلى توجيه تهمة الخيانة العظمى .

والــذى يبيــن مما تقدم أن تهمة «الخيانة العظمى» ينالها كثير من الغمــوض نظــرا لعدم تحديد فكرتها تحديدا قاطعا ، كذلك ومن ناحية أخرى فــأن البرلمان لابد وأن أكثر من مرة قبل أن يفكر فى إثارة هذه القضية فى وقــت هو فى حد ذاته وقت عصيب ، ولا شك أن أثاره هذه التهمة لابد وأن يــزيد الأزمــة حــدة ، على أن الخشية من هذا الأمر لا يجوز أن تكون فى ذاتهــا ســببا لترك رئيس الجمهورية ينحرف انحرافا خطيرا بسلطاته التى يمارسها بناء على المادة ١٦ فمثلا بدل أن يستعمل تلك السلطات لرد غزو

(1) Vedel : op cit., p. 826 .
(2) Duvergeuer : La V Rcpublique (precité) p. 171 .

خـــارجى يستعملها لتمكين دولة أجنبية من فرض سيرتها على البلاد ، أو بـــدلا مـــن أن يســـتعملها لإحباط مؤامرة على مؤسسات الدولة الدستورية يستعملها لتغيير نظام الحكم من جمهورى إلى ملكى أو من ديموقراطى إلى أو مـــا شـــابه ذلك إذ أنه فى مثل هذه الانحرافات الخطيرة يكون من واجب البرلمان أن يوقف رئيس الجمهورية عند حدة بتوجيه تهمة الخيانة العظمى إليه(١).

إلا أنه فيما عدا هذه الانحرافات الخطيرة فإن هذا الإجراء لا يصلح لفرض الرقابة البرلمانية بصفة معتادة وطبيعية ذلك أنه إجراء بطبيعته غير معـــتاد مما يجعله قليل الفعالية كوسيلة حقيقية لرقابة البرلمان على رئيس الدولة فى مباشرته لسلطات المادة ١٦ .

الفرع الثانى

الرقابة الدستورية – رقابة المجلس الدستورى

واضـــح مـــن نـــص المادة ١٦ أنها تقتضى الرجوع إلى المجلس الدســـتورى لأخذ رأيه قبل إعلان العمل بتلك المادة ، كما أنها تفرض أيضا الـــرجوع إلـــى المجلس لأخذ رأيه بشأن الإجراءات التى تتخذ تطبيقا لها . ولكـــن المجلس الدستورى فى الحالتين يعطى رأيا استشاريا غير ملزم مما يجـــوز معه أن يقال أن هذا الإجراء الذى استلزمته المادة ١٦ – أخذ رأى المجلس أو استشارته – لا تشكل فعلا صورة من صور الرقابة على رئيس الجمهورية فى مباشرته لتلك السلطات الاستثنائية .

---

(1) Mlle Voisset : op . cit., p. 239 et s.

وإذا كنا قد لاحظنا أن رأى المجلس فيما يتعلق بإعلان الرجوع إلى المـــادة ١٦ يجـــب أن يكون مسببا ومنشورا فإن الحال ليس كذلك بالنسبة لرأى المجلس فيما يتخذه رئيس الجمهورية من إجراءات تطبيقا لتلك المادة إذ أنـــه لـــيس هناك ما يلزم أن تكون آراء المجلس مسببة كما أن العمل لم يجـــر فعلا – عندما حدث الرجوع إلى تلك المادة فى إبريل ١٩٦١ – على نشـــرها . وهـــذا بدوره يضعف من فاعلية هذا الإجراء كوسيلة من وسائل الرقابة .

كذلك فإن نية واضعى الدستور – فيما تذهب إليه الآنسة **Voisset** فـــى رســـالتها عن المادة ١٦ – لم تتجه إلا إلى اعتبار هذا الإجراء وسيلة للاســـتنارة يســـتنير بها رئيس الجمهورية وهو يتخذ قراره[١] . ولكنه حين يـــتخذ ذلـــك القـــرار يـــتخذه بإرادته وحده ووفقا لما يقدره هو على ضوء الظروف الاستثنائية التى تعيشها البلاد فى تلك الفترة وفى حدود ما تقتضيه الضرورة .

وهكـــذا فـــإذا كانت الرقابة البرلمانية – فيما رأينا – بالغة الضعف فيما يتعلق بتطبيق المادة ١٦ فإن رقابة المجلس الدستورى أكثر ضعفا إلى المدى الذى لا يجوز معه اعتبارها نوعا من أنواع الرقابة .

الفرع الثالث

الرقابة القضائية

إذا كانـــت الـــرقابة البرلمانية على سلطات رئيس الجمهورية التى

---

(1) Mll Voisset : op. cit., p. 227-228 .

يباشرها استنادا إلى المادة ١٦ بهذا الضعف الذى عرضناه .

وإذا كان من العسير أن نسمى دور المجلس الدستورى – فيما يتعلق بتطبيق هذه المادة وبالإجراءات التى تتخذ بمقتضاها – من باب الرقابة ، إذا كان ذلك كله صحيحا فهل معنى هذا أنه لا توجد رقابة مطلقا على قرارات رئيس الجمهورية التى يصدرها استنادا إلى هذه المادة ؟

يبقى علينا لكى نجيب على هذا التساؤل أن نتحدث عن الرقابة القضائية .

وفى الرقابة البرلمانية – وعلى نحو أخف بالنسبة لدور المجلس الدستورى – فإن الأمر كان يتعلق بعلاقة سلطة دستورية بسلطة دستورية أخرى .

ذلك على حين أن الأمر فيما يتعلق بالرقابة القضائية ينصرف – فى هدفه – إلى العلاقة بين السلطة القائمة على تطبيق المادة ١٦ من ناحية والمواطنين من ناحية أخرى ، ولما كان المواطنون لا يملكون بأنفسهم أن يحاسبوا رئيس الجمهورية ، فإنهم يملكون اللجوء إلى السلطة القضائية يتداعون أمامها ويطعنون فيما يقدرون أنه أصابهم من عسف من قرارات رئيس الجمهورية .

فماذا كان موقف القضاء فى فرنسا من الإجراءات التى يتخذها رئيس الجمهورية استنادا إلى سلطاته الاستثنائية المقررة بمقتضى المادة ١٦ ؟

ومن المعروف أن المادة ١٦ من دستور ١٩٥٨ فى فرنسا قد أعلن الرجوع إليها مرة واحدة منذ العمل بذلك الدستور ، وكان ذلك خلال الفترة من ٢٣ أبريل إلى ٢٩ سبتمبر ١٩٦١ – وقد كان تطبيق تلك المادة فى تلك

الفترة مناسبة ليقول القضاء كلمته فيما اتخذ أثناءها من إجراءات .

كذلـك فـإن الفقه الفرنسى لـه رأيه هو الآخر فيما يتعلق بالرقابة القضائية ، ولعله يكون من الأنسب أن نعرض رأى الفقه حول تلك الرقابة ، ثم بعد ذلك نعرض لما حدث عملا مشيرين إلى الأحكام التى صدرت فعلا من مجلس الدولة حول قرارات اتخذت خلال تطبيق تلك المادة .

أولا : تصور الفقه للرقابة القضائية أثناء تطبيق المادة ١٦ :

كـان لامـارك مـن أوائل الذين كتبوا عن المادة ١٦ من الدستور الفرنسى القائم ، ونشر مقاله عنها عقب إعلان العمل بها فى أبريل ١٩٦١ بفـترة وجـيزة[١] ولم تكن قد صدرت أحكام قضائية حول إجراءات تطبيقها بطبـيعة الحال لذلك رأى لامارك حول الرقابة القضائية هو رأى فقهى بحت غير متأثر بما اتجه إليه القضاء فعلا عندما أتيح له أن يقول كلمته .

يذهب لامارك[٢] إلى أنه يمكن اعتبار قرار رئيس الجمهورية بإعلان تطبيق النظام المنصوص عليه فى المادة ١٦ من الدستور وقراراته الصادرة بالتطبـيق لهذا الحق كليا من أعمال السيادة actes de couvernment ذلك أنها قرارات تستهدف – وفقا للدستور إعادة السير العادى للسلطات العامة الدسـتورية ، ومعنى هذا أنها قرارات تتصل بعلاقة السلطات ببعضها وهذا يؤدى إلى تحصينها تحصينا مطلقا ضد الرقابة القضائية .

كذلـك ومن ناحية أخرى فإن رئيس الجمهورية يعمد إلى التصرف

---

(١) نشر مقال لامارك فى مجلة القانون العام الفرنسية فى عدد (مايو – يونية) ١٩٦١ وكان الرجوع إلى المادة ١٦ قد أعلن فى ٢٣ أبريل ١٩٦١ .

(٢) لامارك – المقال السابق الإشارة إليه ص٦٢٣ .

بـناء علـى المـادة ١٦ لا يتصـرف كعضو خاضع لرقابة البرلمان وإنما يتصـرف كجهاز سياسى قائم بذاته ، بل أنه يستطيع أن يحل محل البرلمان نفسـه فى الوظيفة التشريعية أحيانا – وتأسيسا على ذلك فإن تصرفاته من هـذا القبيل تعتبر بمثابة تشريع – شأنه شأن القانون سواء بسواء – ومن ثم لا يخضع للرقابة القضائية .

«acquiérent valeur de loi dés leur promulgation et échappent en consequence au controle contentieux du coseil d'Etat» .

ويـرفض لامـارك تشبيه قرارات رئيس الجمهورية فى هذا الصدد بالقرارات بقوانين التى تبقى – وإلى حين التصديق عليها – قرارات إدارية يجوز الطعن فيها أمام القضاء الإدارى ، ذلك أن قرارات رئيس الجمهورية المشـار إليها هنا هى منذ صدورها بمثابة القانون ولا تخضع لأى تصديق لاحق ومن ثم فإنها لا تكون قابلة للطعن أمام القضاء .

ولا يبقى بعد ذلك مما يجوز الطعن فيه – عنده – إلا القرارات التى تدخـل فـى الـنطاق اللائحى ، ذلك أن هذه القرارات تعتبر قرارات إدارية أصدرها مصدرها باعتباره جهازا تنفيذيا – وليس باعتباره جهازا تشريعيا– ومن ثم يجوز الطعن فيها أمام القضاء الإدارى .

هـذا هو التصور الذى قدمه لامارك للرقابة القضائية على القرارات الـتى تـتخذ سـواء بإعلان المادة ١٦ أو فى ظلها ، وقد قدم هذا التصور – كما قدمنا – فى وقت لم يكن القضاء قد قال فيه كلمته بعد .

وقد اتخذ الفقه الفرنسى بعد ذلك مسارين متناقضين :

أمـا أولهمـا فكـان يرى فى المادة ١٦ تطبيقا من تطبيقات نظرية

الظــروف الاســتثنائية ، وكان هؤلاء يذهبون إلى أنه باستبعاد قرار إعلان الــرجوع إلى المادة ١٦ الذى يعتبر عملا من أعمال السيادة ، وقرار إنهاء العمل بالمادة ١٦ ، الذى يعتبر كذلك أيضا ، باستبعاد هذين القرارين اللذين لا يخضــعان لأى نــوع مــن الرقابة القضائية فإن القرارات الأخرى التى يصــدرها رئيس الجمهورية أثناء العمل الاستثنائى الناجم عن تطبيق المادة ١٦ تخضع جميعها لرقابة القضاء .

وبعضها يخضع لرقابة القضاء مثله فى ذلك المراسيم بقوانين وهذا هــو شــأن القــرارات التى تتعلق بمسائل كانت تقع أصلا فى نطاق سلطة التشريع .

أمــا ماعدا ذلك فإنه يعتبر من قبيل القرارات الإدارية التى يصدرها رئــيس الجمهوريــة أو تصــدرها جهات الإدارة بناء على قراراته فى ظل الظروف الاستثنائية .

ويــتزعم هذا الاتجاه **Odent** من ناحية و **Auby et Drego** من ناحية أخرى .

أمــا **Odent** فيذهــب إلــى أن المــادة ١٦ كانت نوعا من القبول الدستورى للنظرية القضائية الخاصة بالظروف الاستثنائية[١].

ويذهب **Auby et Drago** إلى أن الشروط التى يتعين قيامها لكى تطــبق المادة ١٦ من الدستور هى ذات الشروط التى قال بها القضاء لقيام نظــرية الظروف الاستثنائية ، وعلى ذلك فإن القاضى الإدارى عندما ينظر

---

(1) **R. Odent : Contentieux administratif Fas. 1. 1970/71, p. 295-196.**

طعنا فى قرار رئيس الجمهورية صادر فى ظل المادة ١٦ من الدستور عليه أن يــتحرى ما إذا كانت شروط تلك النظرية قائمة أم لا ويسير على ما سار علــيه القضاء الإدارى فى هذا الصدد(١). ومعلوم أن القضاء الإدارى أخضع القــرارات الصـــادرة فى ظل الظروف الاستثنائية إلى نوع من المشروعية الواســعة الــتى تتناســب مــع تلك الظروف ، ولكنه على أى حال أخضع القرارات الإدارية الصادرة فى تلك الظروف لرقابته ، ويذهب الذين يقيسون المـــادة ١٦ علــى نظــرية الظروف الاستثنائية – أمثال الأساتذة Aubr وDrago – إلى حق القضاء فى مراقبة قرارات رئيس الجمهورية الصادرة بالتطبــيق لهــذه المادة عدا قرارين اثنين هما قرار إعلان العمل بها وقرار إنهـــاء العمل بها إذ يعتبر هؤلاء أن هذين القرارين هما من أعمال الحكومة «actes de gouvernement» أو مــن أعمـــال الســيادة التى لا يختص القضاء برقابتها .

ويـــرفض العميد Vedel هذا الاتجاه على أساس أنه يتناقض روح «الدكتاتورية المؤقتة» التى تفرضها المادة ١٦ .

«Cette premiére conception doit étre ecarteécar elle est contraire à l'espoit méme de la dictaturé temporaire que l'article 16 organise».

وترفض الآنسة Voisser هذا النظر أيضا على أساس أنه لا يتفق وما قصد إليه واضعوا نص المادة ١٦من الدستور معتمدة فى ذلك على ما جــاء علــى لســان مقرر مشروع الدستور أمام الجمعية العمومية لمجلس الدولة حيث قال :

---

(1) Auby et Drago : Traité de Contentieux administratif 1962, t. I, p. 52, t. 11, p. 566 et s. (L.C.D.J.)

Ce sont des circonstances exceptionnelles au-déla des circonstances exceptionnelles telles que nous les connaissons au contentieux du conseil d'Etat [1] .

هذا عن مسار الاتجاه الأول .

أمـــا الاتجاه الثانى فكان على عكس الاتجاه الأول يرى أن كل قرار مـــن القـــرارات الـــتى تتخذ منذ إعلان العمل بالمادة ١٦ إلى إعلان انتهاء العمل بها استنادا إليها لا يخضع لأى رقابة قضائية .

ويذهـــب الأستاذ prelot إلى أن كل قرارات رئيس الجمهورية التى يصـــدرها بمقتضى سلطات منحها له الدستور مباشرة ، ولم يتطلب لصحتها ان يوقـــع علـــيها إلـــى جـــواره أحد آخر سواء فى ذلك رئيس الوزراء أو الـــوزراء فـــإن هـــذه القـــرارات - ومن بينها بطبيعة الحال القرارات التى يصدرها استنادا إلى المادة ١٦ - لا يخضع لأى رقابة قضائية[٢].

والـــذى يستفاد من عبارة العميد Vedel التى ذكرناها من قبل فى تعلـــيقه علـــى الاتجـــاه الأول تـــدل على أنه لا يرى خضوع قرارات رئيس الجمهورية التى تتخذ استنادا إلى المادة ١٦ - بغير تفريق بينها - للرقابة القضـــائية ، كذلك فإن هذا الاتجاه لدى الفقيه الكبير يتأكد من قوله أيضا أن القرارات التى يصدرها رئيس الجمهورية استنادا إلى المادة ١٦من الدستور تشـــكل كـــتلة من القرارات ذات الطبيعة الخاصة التى تخرج عن كل رقابة للقاضـــى الإدارى وذلـــك - فـــيما يراه - وفقا لنص وروح المادة السادسة عشـــر مـــن الدســـتور ، تلك المادة التى تفتح (قوسين Parenthése) فى

---

(1) Mlle Voisset : op. cit., P. 261 .
(2) M. prelot : Institutions politiques et Droit Constitutionnel Dalloz, 1961, p. 650 .

النظام القانونى العادى[1]. وطبيعى أن يوجد بين هذين القوسين نظام قانونى استثنائى .

وعلى أى حال فإن هذا الاتجاه يستند إلى أن قرارات رئيس الجمهورية فى هذا الشأن أما أنها تعتبر من أعمال السيادة وأما أنها من قبيل التشريع الذى يحل فيه رئيس الجمهورية محل البرلمان بمقتضى ما تمنحه له المادة ١٦ من سلطات . كذلك فإن رئيس الجمهورية الذى يتصرف فى هذه الحالة كحكم «arbiter» وكحارس لاستقلال الأمة وسلامة أراضى الوطن – إنما يتصرف خارج حدود السلطة التنفيذية وقوف السلطات الأخرى جميعا[2].

«en dehors même du pouvoir exécutif et au-dessus de tous les autres pouvoirs.»

والذى يتصرف على هذا الأساس لا يمكن أن يخضع تصرفاته لأى رقابة ومن أى نوع يكون ، ومن ثم فإن كل قراراته تصبح محصنة ضد الرقابة القضائية[3].

---

(1) Vedel : op. ci., P. 36.
(2) Mlle Voisset : op. cit., P. 265-26 .
(٣) الواقع أن جانبا غير هين من الفقه الفرنسى ذهب إلى أن إبقاء تطبيق النظام الاستثنائى المستمد من المادة ١٦ إلى تاريخ ٢٩ سبتمبر ١٩٦١ كان إجراء فيه نوع من التعسف فى التفسير . بل يذهب الفقيه هورير إلى أنه منذ ٢٥ إبريل ١٩٦١ – أى بعد يومين أثنين فقط من إعلان اللجوء إلى المادة ١٦ – كان التمرد العسكرى فى الجزائر قد انتهى وكانت السلطات الدستورية قد استأنفت سيرها وأنه من ثم فإن العمل بالمادة ١٦ حتى ٢٩ سبتمبر كان عملا غير مشروع (هوريو : المرجع السابق ص٨٤٢) .

هــذان هما الاتجاهان اللذان عبر عنهما الفقه الفرنسى بعد الاتجاه الذى عبر عنه لامارك فى مقاله الذى أشرنا إليه والذى نشره قبل أن يصدر أول حكم – وأهم حكم من حيث المبدأ – من مجلس الدولة حول المادة ١٦ الذى ننتقل الآن إلى دراسته .

موقف القضاء من الموضوع :

أتــيح لمجلــس الدولــة فى فرنسا أن يحدد موقفه من هذه القضية مــبكرا إذ أصــدر فى الموضوع حكما بتاريخ ٢ مارس ١٩٦٢ فى القضية المعروفة باسم «Rubin de Servens»[١].

وتســتمد هذه القضية أهميتها من أنها كانت أول قضية حول المادة ١٦ يفصــل فــيها المجلــس ويرسى فيها المبادئ القضائية الأساسية فى الموضــوع ، ومــن ناحــية ثانية لأهمية المذكرة التى قدمها فيها مفوض الحكومة السيد Jean-François Henry ولما أثارته من تعليق فى الفقه من ناحية ثالثة .

وتخلص وقائع هذه القضية فى أنه بعد إعلان العمل بالمادة ١٦ من دســتور ١٩٥٨ فــى ٢٣ أبــريل ١٩٦١ أصدر رئيس الجمهورية – بعد استشارة المجلس الدستورى – قرار بتاريخ ٣ مايو ١٩٦١ بإنشاء محكمة عســكرية خاصة يحال إليها الذين يرتكبون أو يشتركون فى جرائم ضد أمن الدولــة أو نظام الجيش ويكون لتلك الجرائم صلة بأحداث الجزائر التى أدت إلــى الــرجوع إلى المادة ١٦ (بعد محاولة التمرد العسكرى من بعض قواد الجيش ضد ديجول لمحاولته حل المشكلة الجزائرية بالتسليم باستقلال الجزائر) .

---

(١) أنظر مذكرة المفوض والحكم منشورا كاملا فى :
R.D.P. Mars- Avril 1962, P. 294 et s.

وقــد حوكــم الضابط Rubin de Servens وتسعة ضباط آخرين أمــام هذه المحكمة لجرائم ارتكبوها ، وصدرت ضدهم أحكام مختلفة فلجأوا إلــى مجلــس الدولــة طاعنين فى قرار إنشاء المحكمة العسكرية الخاصة واستندوا فى طعنهم إلى وجوه طعن ثلاث :

أولاً : أنــه فــى تاريخ ٣ مايو ١٩٦١ - تاريخ إصدار قرار إنشاء المحكمــة العسكرية الخاصة لم تكن شرائط تطبيق المادة ١٦ قائمة و ذلك أن مؤسســات الدولــة فى الواقع لم تكن فى ذلك التاريخ محل تهديد جسيم وحــال . كذلــك ومن ناحية أخرى فإن السلطات الدستورية لم يكن هناك ما يمنعها من مباشرة وظائفها كالمعتاد .

ثانياً : أن قــرار رئيس الجمهورية بإنشاء محكمة عسكرية خاصة يعتبر خرقا للمبادئ للقانون العام الفرنسى ، كذلك وبصفة أخص فإنه يعتبر خرقا للقانون الجنائى الفرنسى الذى جرى التقليد المستمر بمقتضاه على أن يعطــى الفصــل فــى المسائل الجنائية لقضاة عدول يتمتعون باستقلال فى مواجهة السلطة التنفيذية المر غير المتحقق - فى نظر الطاعنين - بالنسبة للمحكمــة الجنائــية العسكرية الخاصة التى أنشأها قرار رئيس الجمهورية بتاريخ ٣ مايو ١٩٦١ والتى حوكم أمامها الطاعنون .

ثالثاً : أن قرار رئيس الجمهورية بتاريخ ٣ مايو ١٩٦١ يطبق على جرائم ارتكبت قبل تاريخ العمل به والتى تدخل من ثم فى اختصاص المحاكم العســكرية العاديــة التى تعطى الإجراءات أمامها ضمانات أكثر للمتهمين . ومــن ثم فإن فى تطبيق هذا القرار على المتهمين خرق لقاعدة عدم رجعية القوانين الجنائية .

هذه هى وجوه الطعن الثلاث التى تقدم بها الطاعنون .

وقد ناقش مفوض الحكومة Jean-François Henry الموضوع من كل جوانبه فى تقريره الذى تقدم به إلى المجلس .

وقد بدأ المفوض بالإشارة إلى حكم للدائرة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية صدر بتاريخ ٢١ أغسطس ١٩٦١ متعلقا بذات الموضوع المطروح على مجلس الدولة ، حيث طعن أمام محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بعدم شرعية قرار ٣ مايو ١٩٦١ على أساس أوجه الطعن المشار إليها . وقد رفضت محكمة النقض الطعن ولكنها وهى بسبيل رفضه ناقشت أولا وجود القرار المطعون فيه ثم ناقشت شرائط إصداره والشرائط الشكلية للعمل بمقتضى المادة ١٦ من الدستور ثم انتهت إلى أنه تبين لها أن قرار ٣ مايو ١٩٦١ متفق مع أحكام الدستور ومن ثم فإن البحث فى مشروعية المحكمة العسكرية الخاصة التى أنشأها القرار المذكور أمر لا تجوز مناقشته أمام المحاكم القضائية .

ويذهب المفوض إلى أن محكمة النقض تجاوزت حدود البحث فى وجود أو عدم وجود القرار contrôle de la seule existence إلى البحث فى مشروعيته الخارجية la legalité externe ولكنها على أى حال رفضت البحث فى المشروعية الداخلية la legalité interne للقرار المذكور .

ثم بعد ذلك طرح المفوض على المجلس المشكلة الأساسية فى الموضوع وهى مدى اختصاص المجلس برقابة قرارات رئيس الجمهورية التى يتخذها تأسيسا على المادة ١٦ من الدستور .

ثم قال أن هذا لابد وأن يؤدى بنا إلى مناقشة طبيعة تلك القرارات التى يتخذها رئيس الجمهورية بناء على تلك المادة . وحرص على أن يؤكد

فــى بداية هذه المناقشة أن المادة ١٦ ليست - كما يذهب البعض - مجرد تطبيق لنظرية الظروف الاستثنائية .

كذلــك فإن القرارات التى يتخذها رئيس الجمهورية استنادا إلى تلك المــادة لا تحتاج بعد ذلك لتصديق من البرلمان وإنما هى تنفذ أو تظل نافذة مــن تلقــاء ذاتهــا وإلــى حيــن انتهاء الأجل المحدد لها ، ذلك أن رئيس الجمهوريــة يســتطيع - فى النطاق الذى تسمح به المادة ١٦ - أن يباشر ســلطة التشريع كاملة مستقلا تماما عن البرلمان ، بل أن البرلمان نفسه لا يستطيع أن يراقب قراراته التشريعية الصادرة فى هذا النطاق .

ويخــتم المفوض هذا الجزء الأول من تقريره بأنه من العبث البحث عن الأصول التاريخية للمادة ١٦ سواء فى القانون المقارن أو فى الدساتير الفرنســية الســابقة - الدســاتير البرلمانــية بــالأقل - أو فى النظريات القضائية(١).

ويحــاول المفــوض أن يربط بين المادة ١٦ والمادة الخامسة من الدســتور الفرنســى - تلك المادة التى تجعل من رئيس الجمهورية الساهر علــى احــترام الدســتور والحكــم بين السلطات ، والتى تضعه بذلك فوق السلطات ، بل أن رئيس الجمهورية فى ظل العمل بالمادة ١٦ من الدستور يصبح هو المعبر عن سيادة الدولة وإرادتها . وتأسيسا على ذلك كله يجب

---

(1) «Ainsi chercherait-on en vairl, soit dans le droit compare, soit dans les precedents constitutionnels francais-du moins dans les constitutions qui avaitent institué un regime parlementaine_solt même dans des theories jurispridentielles, les sources de l'article 16 de la Constitution de 1958» .
المرجع السابق (مجلة القانون العام R.D.P.) ص٣٠١ .

اطـــراح كل مقارنة بين المادة ١٦ ونظرية الظروف الاستثنائية ، إذ أن تلك المادة – على حد تعبيره – تخلق وضعا جديدا ليست له سوابق فى القانون الفرنسى ، وأنها تنقل إلى يد رجل واحد كل سلطات الدولة التى تكون – فى النظام البرلمانى منفصلة عن بعضها[١] .

وإذا كـــان ذلك كذلك فهل يعنى هذا كله أن كل القرارات التى يتخذها رئيس الجمهورية استنادا إلى هذه المادة لا تخضع لأى رقابة قضائية ؟

أن دستور ١٩٥٨ هو فى جملته دستور برلمانى – وإن خرج على بعـــض خصـــائص هـــذا الـــنظام أحيانا – وفى النظام البرلمانى الأصل أن الســـلطات يراقـــب بعضــــها بعضا ، ولا توجد سلطة فوق السلطات الأخرى جميعا بصفة مطلقة ، كذلك فإن كل سلطة لابد وأن تكون لها حدود .

والمـــادة ١٦ لا تؤدى بنا إلى الخروج على هذه الأصول فى النظام البرلمانى .

أنها تضع ثلاث حدود على سلطات رئيس الجمهورية :

أولاً : مـــتعلق بالزمن ، ذلك أن الأمور الطبيعية لابد وأن تعود «فى أقصر مدى ممكن «dans les moindes délais»

ثانياً : متعلق بالغرض . ذلك أن غرض الإجراءات المتخذة لابد وأن يكون مستهدفا قيام السلطات العامة بوظائفها العادية بحيث تعود المؤسسات

(1) «L'article 16 de la Constitution de 1958 constitue donc une creation originale et sans precedent dans notre droit, Il organize le transfert, entre le main d'un seul homme de tout les pouvoirs de l'Etat qui sont en regime parlementaire, normalement separés.»

الدســتورية إلــى مباشــرة تلك الوظائف فى آقصر مدة ممكنة (وهو البند الأول) .

ثالثاً : متعلق بالمدى ، ذلك أن مدى السلطات التى يمارسها رئيس الجمهوريــة بناء على ذلك النص يجب أن تظل مقيدة بغرضها – المستفاد مــن القــيد الثانى – وهذا لابد وأن يؤدى إلى القول أن تعديل أوضاع تلك السلطات العامة لا يمكن أن يتفق ونص المادة ١٦ .

وهــذه الحدود الثلاث – المتعلقة بالزمن وبالغرض وبالمدى – لابد وأن تــؤدى إلى القول بأن سلطات رئيس الجمهورية استنادا إلى المادة ١٦ هــى ســلطات مقيدة وليست مطلقة ، وأن دستور ١٩٥٨ إنما يضع المادة ١٦ فى إطار النظام البرلمانى اى فى نظام تكون السلطة فيه بطبيعتها مقيدة وبــناء على ذلك فإن المادة ١٦ وأن لم تضع طريقا معينا لرقابة السلطات الممنوحة بمقتضاها فإنها لا تستبعد تلك الرقابة .

ثــم يثيــر المفــوض بعد ذلك نظرية أعمال الحكومة **acte de Gouvernement** وهــل قــرارات رئيس الجمهورية المتخذة استنادا إلى المادة ١٦ من قبيل هذه الأعمال وبذلك تخرج عن اختصاص مجلس الدولة.

ثــم يجيــب المفــوض على هذا التساؤل بأن اعتبار قرارات رئيس الجمهوريــة المــتخذة بناء على المادة ١٦ كلها من قبيل أعمال السيادة لا يمكــن ان يقبل إلا على أساس نظرية الدافع السياسى **mobile politique** فى تحديد أعمال السيادة ، تلك النظرية التى هجرها المجلس منذ زمن بعيد.

وإذا كــان قــرار رئيس الجمهورية بإعلان الرجوع إلى المادة ١٦ يخــرج عن اختصاص مجلس الدولة فذلك لأن هذا القرار يعد تعديلا أساسيا

العلاقة بين السلطات وبذلك فإن هذا القرار يقع ضمن النطاق الأساسى لأعمال السيادة دون منازع .

فإذا كان ذلك هو شأن قرار إعلان الرجوع إلى المادة ١٦ فما هو شأن القرارات المتخذة بعد ذلك وتأسيسا على هذه المادة ؟ هل يرفض مجلس الدولة اختصاصه برقابتها ؟

يقول المفوض أننا لا نعتقد ذلك لعدة أسباب :

أولاً : أن إمكانية رقابة هذه الإجراءات أثيرت فى مراحل وضع النص المختلفة مما يفيد أن السلطة التأسيسية لم تتجه إلى رفض كل إمكانية لرقابة السلطات الممنوحة لرئيس الجمهورية بمقتضى هذا النص .

ثانياً : أن الإجراءات التى تتخذ بمقتضى المادة ١٦ باعتبارها إجراءات تحقيق للأغراض المستهدفة من وضع تلك موضع التنفيذ قد تكون من قبيل العمل التشريعى التنفيذى اللائحى أو الفردى .

ووفقا للقواعد العامة فى القانون العام الفرنسى فإنه إذا كان العمل التشريعى لا يخضع لرقابة القضاء فإن العمل التنفيذى لائحيا كان أو فرديا يخضع لتلك الرقابة مع التسليم بسلطة تقديرية للإدارة تتسع أو تضيق حسب الظروف .

ثالثاً : أن ممارسة نوع من الرقابة هو أمر ضرورى خاصة وأن المادة ١٦ أصبحت جزءا من النظام القانونى للبلاد وأنه من الممكن الرجوع إليها ومن الممكن استنادا إليها إصدار لوائح تعدل أحكام اللوائح السابقة ، وقد جرى العمل فى فترات الأزمات التى تجتمع فيها السلطة التشريعية والسلطة اللائحية فى يد جهاز واحد أو شخص واحد – جرى

العمل فعلا وجرى قضاؤكم على التمييز بين العمل التشريعى الذى لا يخضع للـــرقابة والعمـــل اللائحـــى الذى يخضع على العكس لرقابتكم - أى رقابة مجلس الدولة .

أن مقتضيات الواقع وإمكانيات التحكم كلها تدعو إلى إيجاد نوع من الـــرقابة على الأعمال التى لا تعد من قبيل الأعمال التشريعية ولا تعد أيضا مـــن قبـــيل أعمال السيادة - وقد جرى تقليد قضائكم دائما على إيجاد هذا القدر من الرقابة فى كل أوقات الأزمات .

ويضرب المفوض أمثلة لهذه الرقابة فى أوقات الأزمات عندما كانت السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية تجتمع فى يد جهاز واحد .

ووفقـــا لمـــا تقـــدم كلـــه يذهـــب المفوض إلى أن قرارات رئيس الجمهوريـــة المتخذة بمقتضى المادة ١٦ والتى تتعلق بأمور عددتها المادة ٣٤ مـــن الدستور - هذه القرارات ستكون بمثابة أعمال تشريعية لا تخضع لرقابة مجلس الدولة إلا من حيث التأكد من وجودها فحسب .

أمـــا قرارات رئيس الجمهورية والتى تتعلق بأمور تدخل فى نطاق المادة ٣٧ من الدستور فإنها ستكون بمثابة قرارات لائحية وهذه القرارات وكذلك القرارات الفردية يمكن أن تخضع لرقابة مجلس الدولة .

ولكـــنها تخضع لرقابة المجلس مع الأخذ بعين الاعتبار أنها قرارات تصـــدر فـــى ظـــروف اســـتثنائية تؤدى بطبيعتها إلى توسيع نطاق السلطة التقديرية للإدارة .

وعلـــى ضـــوء كـــل مـــا تقدم ينتهى المفوض إلى أن قرار ٣ مايو ١٩٦١ المطعـــون فـــيه والـــذى ينشئ نظاماً جديداً ويقرر قواعد إجرائية

متمـــيزة عن القواعد الإجرائية الجنائية العادية – هذا القرار يقع بذلك من غير شك فى نطاق الأعمال التشريعية التى عددتها المادة ٣٤ من الدستور.

ولما كان القرار متخذا على أساس المادة ١٦ من الدستور ، والتى أعلن العمل بها بعد اتخاذ الإجراءات المنصوص عليها فى الدستور .

ولما كان وجود هذا القرار نفسه ليس محلا للمجادلة .

لذلك كله فإن المفوض انتهى إلى طلب رفض الطعن .

وقـــد أصـــدر مجلس الدولة بتاريخ ٢ مارس ١٩٦٢ حكمه فى هذه القضـــية بعد أن استمع إلى مرافعات المحامين وإلى مرافعة المفوض التى حرصـــنا على إيراد مضمونها الأساسى – اصدر المجلس حكمه باعتبار أن قرار رئيس الجمهورية فى ٣ مايو ١٩٦١ يعد من قبيل الأعمال التشريعية الـــتى تحدثت عنها المادة ٣٤ من الدستور وقد اتخذه رئيس الجمهورية فى فـــترة تطبيق نظام السلطات الاستثنائية الذى قررته المادة ١٦ وبناء على ذلك حكم المجلس برفض الطعن على أساس عدم الاختصاص .

هذا هو الحكم الأول والأساسى فى هذا الموضوع .

وقـــد جرى قضاء مجلس الدولة بعد ذلك على ضوء ما قرره الحكم المذكور من تفرقة وما أفاضت فى بيانه مرافعة المفوض **Henry** .

وقـــد حكـــم المجلـــس باختصاصه كلما تعلق الطعن بعمل لائحى أو بإجراء فردى .

ولعـــل حكـــم المجلـــس بـــتاريخ ٢٣ أكـــتوبر ١٩٦٤ فـــى قضية **d'Orians** يعتـــبر حكمـــه الرائد فى هذا الصدد . وتخلص الوقائع فى أن قرار اصدر من رئيس الجمهورية استنادا إلى المادة ١٦ من الدستور وبناء

علـــى عـــرض وزيـــر الحربية - بمنح الضابط d'Orians ومجموعة من زملائـــه إجـــازات خاصة فطعن السيد d'Orians فى ذلك القرار وقد قبل المجلـــس اختصاصه بنظر الطعن وحكم فى الموضوع بإلغاء القرار القاضى بمـــنحه إجـــازة خاصـــة على أساس أن ذلك القرار لم يراع اتباع إجراءات معيـــنة فرضـــتها النصـــوص ولـــم يكـــن هناك من الظروف ما يبرر عدم اتباعها[١].

وقـــد اســـتطاعت الآنسة Voisset فى رسالتها عن المادة ١٦ أن تحصـــى الأحكام التى أصدرها مجلس الدولة بإلغاء قرارات أصدرها رئيس الجمهورية تأسيسا على المادة ١٦ فى النطاق اللائحى والفردى - وقد بلغ عـــدد هـــذه الحكـــام التى قضت بالإلغاء أثنان وأربعون حكما من بين اثنين وخمســـين طعـــنا قضى المجلس فى عشرة منها فقط برفض الطعن . وهى نســـبة واضـــحة الارتفـــاع وتـــدل على مدى فاعلية رقابة المجلس فى هذا النطاق وعلى ضرورة التسليم بأهمية الرقابة القضائية[٢].

ومع ذلك ومع هذه النسبة المرتفعة من أحكام الإلغاء التى قضى بها مجلـــس الدولـــة فـــى الـــنطاق الـــذى أخضعه للرقابة من قرارات رئيس الجمهوريـــة المتخذة بناء على المادة ١٦ فإن السيد Daniéle Loschak فـــى رسالته للدكتوراه يرى بناء على المدى المحدود الذى قبل فيه المجلس اختصاصـــه بالـــرقابة أن أعمال المادة ١٦ ينتهى فى المجال القضائى إلى

---

(١) راجع ذلك الحكم فى : A.J.D. 20 Dec. 1964 p. 704.

وانظر تعليقا على الحكم فى ذات العدد ص٦٨٤ - ٦٨٦ .

(2) Mlle Voisset., p. 292 .

اختفاء دور القاضى وإلى عدم الأهمية العملية لرقابته[1].

وبهذا نكون قد انتهينا من دراسة المادة ١٦ من الدستور الفرنسى القائم باعتبارها أحد التطبيقات الدستورية الحديثة والمعاصرة لنظرية الضرورة .

المبحث الثانى

القضاء السويسرى

كانت الحرب العالمية الأولى فى سويسرا – كما كانت فى فرنسا – هى المناسبة التى أثيرت بمقتضاها نظرية الضرورة أمام القضاء وإن اختلفت المقدمات فى كل من البلدين ، ذلك أنه فى سويسرا عشية اندلاع الحرب فوضت الجمعية التشريعية الفيدرالية بتاريخ ٣أغسطس ١٩١٤ للمجلس التنفيذى الفيدرالى إلى سلطات كاملة لمواجهة ما قد تقتضيه ضرورات الحرب فى كل الميادين .

وبناء على هذا التفويض أصدر المجلس التنفيذى قرارات ولوائح كانت مشروعيتها محل مناقشة أمام المحكمة الفيدرالية العليا .

وقد أصدرت المحكمة العليا حكما بتاريخ ١٤ ديسمبر ١٩١٥ فى قضية Millioud رفضت فيه أن تنظر فى دستورية قانون التفويض الصادر فى ٣ أغسطس ١٩١٤ الذى منحت الجمعية الفيدرالية بمقتضاه المجلس التنفيذى سلطات كاملة . كذلك القرار – المتصل بالقضية – الذى

---

(1) **Daniéle Loschak : Le Role politique Du guge Administratif Français (Thése) paris 1972, p. 265 «...aboutissant à l'inefficatité pratique du cotrôle juridictionnel.» .**

بنى على أساس هذا القانون . بل أن المحكمة ذهبت إلى حد رفض بحث مدى اتفاق القرار – المشار إليه – مع قانون التفويض ، واستطردت المحكمة فى حكمها قائلة أن الجمعية الفيدرالية ما كانت تستطيع فى الأوقات العادية أن ترخص للمجلس الفيدرالى فى تخطى حدود القواعد الدستورية ، تلك القواعد الواجبة الاتباع ، ولكن ، ورغم عدم وجود نص فى الدستور فإنه من غير المشكوك فيه وتحت إلحاح الظروف الاستثنائية أن المجلس الفيدرالى ملزم باتخاذ كل الإجراءات الاستثنائية الضرورية اللازمة لحماية الصالح العام أن يهدد وأنه فى هذا الصدد لن يكون مقيدا بالدستور **il ne saurait être lié par la constitution dans cette oeuvre Indispensable .**

وقالت المحكمة أنه من غير المستطاع أن يفرض على الحكومة أن تقف عند نقطة معينة إذا كانت سلامة البلاد تقضى بما هو أبعد من ذلك[1]. وفى هذا أخذ واضح بأن الضرورة تبيح تجاوز نطاق الشرعية فى الظروف العادية .

وقد علق كاريه دى مالبرج طويلا على هذا الحكم منتقدا له[2]. بطبيعة الحال ، ذلك أنه كما تبين لنا من الذين يرفضون أن يؤسوا على الضرورة نظرية قانونية .

---

(1) «...il est manifestement impossible de4 prescrire au Gouvrnment de s'arrêter à un point determine si le salut du pays exige qu'il aille au-delai" .
cite par Jéze : R.D.P. 1917 P. 235 (L'Exantif temps de guerre).

(٢) كاريد دى مالبرج المرجع السابق ص٦١٠ وما بعدها هامش ٢٤ (ممتد على الصفحات من ٦١٠ إلى ٦٢٣ وفى أعلبه مناقشة لحكم المحكمة الفيدرالية السويسرية) .

ويذهب الفقيه الفرنسى فى نقده للمحكمة الفيدرالية السويسرية إلى أنها فى حكمها تغافلت عن الطبيعة الفيدرالية للدستور السويسرى وكيف أن هـذا الدستور – ووفقا لنصوصه نفسها – لا يجوز تعديله ولا إيقافه إلا بعد الـرجوع للناخبيـن . وأن الجمعـية الفيدرالـية على هذا الأساس لا تملك بالنسبة للدستور لا تعديلا ولا إيقافا مؤقتا . وإذا كانت الجمعية الفيدرالية لا تملك ذلك فكيف يجوز أن يقال أنها تستطيع التفويض فيما لا تملكه ؟

ولكـن مـع ذلـك ومع أن النقد الذى أثاره كاريه دى مالبرج كان معـروفا وذائعـا – بقـدر شهرة الفقيه الفرنسى – فإن المحكمة الفيدرالية السويسـرية أصـرت على مذهبها السابق وأكدته عندما أتيح لها أن تصدر أثـناء الحـرب العالمـية الثانية حكمها فى هذا النطاق بتاريخ ٢ ديسمبر ١٩٤٢ ، ذلـك أن الجمعـية الفيدرالـية كانت قد منحت المجلس الفيدرالى سلطات كاملة **pleins pouvoirs** مرة أخرى بتاريخ ٣٠ أغسطس ١٩٣٩ لمواجهـة مخاطر الحرب العالمية الثانية وأدى ذلك فى هذه المرة كما أدى فـى المرة السابقة إلى عرض الموضوع على المحكمة العليا – وقد أصرت المحكمـة العليا هنا أيضا على موقفها السابق وأشارت فى أسبابها صراحة إلى «قانون الضرورة **Ioi de nécessité** »[١].

وهكـذا نسـتطيع أن نقـول أن القضـاء السويسرى يأخذ بنظرية الضـرورة ويرتـب عليها نتائجها التى تتمثل فى حق السلطة التنفيذية فى تركـيز السـلطة فى يدها لتستطيع مواجهة الخطر الذى يهدد سلامة الدولة وأن تجـاوزت فـى ذلك الأطر العادية لتوزيع الاختصاصات الدستورية بين السلطات ، أو بمعنى آخر وأن تجاوزت القواعد العادية للمشروعية .

---

(1) cite par Mlle Camus p. 190 .

الفصل الثالث

موقف القضاء المصرى

ونقسم هذا الفصل إلى ثلاثة :

ندرس فى أولهما موقف القضاء العادى .

وندرس فى الثانى موقف القضاء الإدارى قبل العمل بالمادة ٧٤ .

وندرس فى الثالث : موقف القضاء الإدارى من تطبيقات المادة ٧٤.

المبحث الأول

موقف القضاء العادى

الاتجـاه الغالب للقضاء العادى فى مصر هو الاتجاه الذى كان يرى فى الضرورة سببا يبرر الخروج على أحكام المشروعية العادية وذلك بتوسيع دائرتها لكى لا تضيق ببعض التصرفات التى تلجئ إليها الضرورة ، والتى كانت تضيق بها الأوقات العادية بحيث كانت تعبر غير مشروعة - هذا هو الاتجاه الغالب وهو الاتجاه الذى أيدته محكمة النقض.

ولكن مع ذلك فإن أحكاما قليلة عبرت عن اتجاه آخر ضعيف كان يرفض الاعتداد بحالة الضرورة وكان يرى أن القواعد العامة للشرعية هى قواعد لا تجوز الخروج عليها بحال وأن الضرورة نفسها لا تبرر للسلطة مثل هذا الخروج .

كذلك من ناحية أخرى فإن مصر كان يوجد بها وحتى عام ١٩٤٨ قضاء أهلى وقضاء مختلط ، والأحكام التى عثرنا عليها للقضاء المختلط

هى بدورها كانت تعتد بحالة الضرورة .

وعلى ذلك فإننا سنشير أولا إلى الموقف الرافض للنظرية ثانيا إلى الموقــف القــابل لهــا وفــى داخل هذا الموقف نميز بين القضاء المختلط والقضاء الوطنى .

أولا : الاتجاه القضائى الرافض لنظرية الضرورة :

يتمثل هذا الاتجاه فى حكمين صدر عام ١٩٣٢ وأحدهما من قاضى الأمور المستعجلة فى محكمة مصر وثانيها من محكمة استئناف مصر .

أمــا الحكــم الأول الذى أصدره قاضى الأمور المستعجلة فقد اعتبر عمــلا مــن أعمــال الغصب قرارا إداريا صادرا بإغلاق محل من المحلات المقلقــة للراحة وذلك رغم أن القرار الإدارى استند إلى أن الإبقاء على هذا المحــل مفــتوحا فــيه خطــر داهم ، وأن هذا الخطر الداهم هو الذى دعا الإدارة إلى إغلاق المحل على غير مقتضى لائحة المحال المقلقة للراحة .

ولكــن قاضى الأمور المستعجلة بمحكمة مصر الكلية حكم بأنه حتى فى أحوال الخطر الداهم فإن الإدارة لا تستطيع إغلاق مثل ذلك المحل ما دام ذلك الإغلاق لا يندرج تحت حالة من الحالات المنصوص عليها فى اللائحة، وأن تصرف الإدارة على خلاف ذلك يعتبر غضبا تملك المحاكم تعطيله[1].

أمــا الحكــم الثانى فقد صدر من محكمة الاستئناف العالى – وهذا يعطــيه بعــض الأهمــية – وقــد ذهبــت فيه المحكمة إلى «أن الظروف الاســتثنائية لكى تبرر مخالفة القانون العام ... يجب أن تكون منظمة بعمل

---

(١) المحامـــاة السنة الخامسة عشر ص١٢٢ حكم مستعجل بتاريخ ٣ ديسمبر ١٩٣٢ (تأيد هذا الحكم استئنافيا فى ١١ مايو ١٩٣٥ محاماة س١٥ ص٦٤٠) .

تشـــريعى مـــن الدولة صاحبة السيادة حتى يكون الإجراء قانونيا وطالما لم يصدر (مثل ذلك الإجراء) فيجب احترام القانون العام الجارى العمل به»[١].

وواضـــح أن هذا الحكم لا يعتد بالظروف الاستثنائية ولا يجعل منها مـــبررا للخـــروج علـــى دائرة المشروعية العادية طالما أن ذلك المبرر لم ينظمه عمل تشريعى .

وهـــذان الحكمان على أى حال يمثلان استثناءا من أصل عام ، هذا الأصـــل العام الذى يمثله الاتجاه الغالب للقضاء وعلى رأسه محكمة النقض نفسها والذى يعتد بحالة الضرورة ويرتب عليها جواز الخروج على النطاق العادى للمشروعية وهو الاتجاه الذى ننقل الآن لدراسته .

ثانيا : الاتجاه الغالب القابل لنظرية الضرورة :

الاتجـــاه الغالب للقضاء المصرى – سواء فى ذلك القضاء المختلط أو القضاء الوطنى – كان إلى إقرار أن الضرورات تبيح المحظورات ، وأن الضـــرورة تجـــيز للسلطة التنفيذية الخروج عن دائرة الشرعية العادية إلى دائرة أوسع ما كان يمكن الوصول إليها فى الظروف العادية .

بـــل أنـــنا نلاحـــظ أن حكمـــا للقضاء المختلط استند إلى ذلك المبدأ الـــرومانى الشهير الذى نادى به شيشرون والذى يقول : أن سلامة الشعب فـــوق القانون Salus populi suprema lex وقد كان هذا الحكم بصدد تعطـــيل الصـــحف إداريـــا ، وقد كان القضاء المختلط يذهب إلى أن قانون المطـــبوعات الصادر سنة ١٨٨١ والمرسوم بقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٣١

---

(١) المحامـــاة الســـنة الثالـــثة عشر ص٨٦٧ حكم محكمة استئناف مصر بتاريخ ١٠ ديسمبر ١٩٣٣ – تحت رقم ٤٢٨ .

كلاهمـــا لا ينطـــبق علـــى الأجانب المتمتعين بالامتيازات ذلك لأن الحكومة المصـــرية لم تعرض هذين القانونين على الدول الأجنبية ولا على الجمعية العمومـــية للمحاكم المختلطة كما يقضي بذلك نظام الامتيازات الأجنبية الذى كـــان قائما ، ورتبت المحاكم المختلطة على ذلك أن الحكومة لا تملك تعطيل الصـــحف المملوكـــة لأجانب بالطريق الادارى ، وإن هى فعلت وقع عملها مخالفا للقانون ومضرا بالحقوق المكتسبة للأجانب وموجبا للمسئولية .

إلـــى هـــنا والقضـــاء المختلط يقرر أحكام المشروعية فى الظروف العادية إلا أن القضاء المختلط ذهب – مع ذلك – إلى أن الإدارة لا تستطيع أن تقـــف مكتوفة الأيدى إزاء الحملات التى تشنها صحف مملوكة للأجانب يكـــون من شأنها تهديد الأمن والسلام فى الدولة للخطر ، وعلى ذلك ذهب القضـــاء المخـــتلط إلى أن للحكومة الحق فى الالتجاء إلى التعطيل الادارى كلمـــا وجـــدت ضـــرورة ملجئة وحاجة ماسة تقتضى هذا التعطيل ، وعلل القضـــاء المخـــتلط هـــذا الاتجاه بنظرية الضرورة وبأن سلامة الدولة فوق القانون[1]. Salus populi suprena lex

ولكـــن المحكمة قررت أيضا أن تقرير وجود حالة الضرورة يخضع لرقابة المحاكم . وهذا هو ما سنصادفه بعد ذلك فى قضاء محكمة النقض .

وفـــى نفـــس الاتجاه الذى يعتد بحالة الضرورة سار أيضا القضاء

---

(١) حكم محكمة مصر المختلطة فى ٢٦ ديسمبر ١٩٣٢ جازيت المحاكم المختلطة س ٢٥ ص٢٦ رقم ٣٢٥ .

(Gazette ed Tribunaux Mixtes)

وأخذ بنفس هذا الاتجاه حكم محكمة مصر المختلطة فى ١٧ يونية ١٩٣٥ (جازيت لمحاكم نفس الوضع) .

الوطـــنى من ذلك مثلا حكم محكمة مصر الكلية الأهلية الصادر فى ٦ فبراير ١٩٣٤[1] والــذى قـــرر «أن من أقدس الواجبات الملقاة على عاتق رجال الإدارة والبولـــيس أن يمنعوا كل ما يهدد الأمن العام أو سلامة الجمهور أو مـــا يضـــر بالصحة العامة على أن يكون ذلك فى حدود اللوائح والقوانين . وإنمـــا قـــد تطرأ بعض الأحوال التى يكون فيها الخطر على الأمن العام أو الصحة محدقا ومهددا بحيث يجب العمل بغاية السرعة لملافاة ذلك الخطر . وقـــد يفـــوت ذلك الغرض لو اتخذ رجال الإدارة الطريق القانونى فلا حرج علـــيهم والضـــرورات تبـــيح المحظـــورات أن يـــتلافوا ذلك الخطر باتخاذ الإجـــراءات العاجلـــة لمـــا لهم من السلطة بل بما عليهم من الواجبات ... وليس من المنطق الصحيح أن يكون العمل الواحد واجبا مفروضا قانونا من جهـــة ثم خطأ قانونيا من جهة أخرى ، واتخاذ إجراءات عاجل لمنع الخطر المهدد للجمهور لهم واجب قانونى مفروض» .

ثم عرضت المحكمة بعد ذلك فى نفس الحكم لشروط حالة الضرورة التى تبرر الخروج على القواعد القانونية العادية على النحو الآتى :

١- أن يكون العمل فى مصلحة عامة محضة .. ٢- أن يكون هناك حاجة ماسة وخطر مهدد لسلامة الجمهور بحيث لا مناص من ملافاة الخطر على الفور . ٣- أن لا تضحى مصلحة الأفراد فى سبيل المصلحة العامة إلا بمقدار ما تقضى به الضرورة . أى أنه لا يجب أن يلحق بالأفراد ضرر أكثر ممـــا يلـــزم فـــى ســـبيل إزالة الخطر المهدد للمجموع - فإذا توافرت هذه

---

(١) وانظـــر أيضا مقال الأستاذ الفونس الالفى المحامى عن «الاعمال الإدارية ونظرية الضرورة مجلة القانون والاقتصاد السنة السابعة - العدد الخامس - مايو ١٩٣٧ - ص٨٢٧ وما بعدها وبالذات ص٨٤٦

الشروط فلا تعد الإجراءات الإدارية مخالفة للقوانين .

وقد استعملت المحكمة كلمة «القوانين» هنا بمعناها العام ، ذلك أنه يبين من الحكم أن ثمة مخالفة فعلية للأحكام التشريعية الوضعية ولكن هذه المخالفة نظرا لأنها ارتكب تحت ضغط الضرورة وبسببها تعد مبررة وتعد داخلة فى النطاق العام لمفهوم الشرعية فى هذه الأحوال الاستثنائية .

وفى مناسبة أخرى لعلها أقرب إلى المفاهيم الدستورية من وقائع الحكم الذى فرغنا من الإشارة إليه ذهب القضاء المصرى أيضا إلى الاعتداد بحالة الضرورة ، ذلك أنه كانت توجد جماعة اسمها «جمعية مصر الفتاة» وأن هذه الجمعية أنشأت تشكيلات شبه عسكرية من الشباب المنضم إليها «جماعة ذوى القمصان الزرقاء» وأن هؤلاء الشباب باشروا نشاطا اعتبرته الحكومة معكرا للسكينة والسلام العام فأمرت بإغلاق مقر الجمعية دعوى مستعجلة تطلب فيها عدم الاعتداد بذلك الأمر الإدارى .

وعرض الموضوع على قاضى الأمور المستعجلة بمحكمة مصر الأهلية فقضى فيه بتاريخ ٢٩ أغسطس ١٩٣٦ برفض الدعوى ومما جاء فى أسباب ذلك الحكم «أن وظيفة رجال الضبطية الإدارية وعلى رأسهم وزير الداخلية هى المحافظة على الأمن العام والنظام ومنع ارتكاب الجرائم والعمل على سلامة كيان الدولة والمجتمع من العبث به وهم وحدهم المسئولون عن كل ذلك ولهم فى سبيل القيام بواجباتهم اتخاذ ما يرونه ضروريا من الإجراءات والوسائل حتى لو أضرت بحقوق الأفراد وحريتهم...» [١].

---

(١) المحاماة – السنة السابعة عشرة – العدد الثانى – ص٢٣٣ وما بعدها (تحت رقم ١٠٥) .

ورغــم أن الحكــم اســتند أساسا إلى المادة ١٥ من لائحة ترتيب المحــاكم الأهلية فى رفضه للدعوى إلا أنه عرض من قريب إلى اعتبار أن العمــل الــذى ارتكبته الحكومة كان عملا ضروريا للمحافظة على السلامة العامة كذلك استند الحكم إلى حكم محكمة النقض الصادر بتاريخ ٢٢ مارس ١٩٨٣٤ والذى اعتد بنظرية الضرورة كسبب للخروج على الدائرة العادية للمشروعية .

ولعله يحسن بنا فى ختام عرضنا للاتجاه الغالب فى القضاء العادى أن نشــير إلى ذلك الحكم الذى أصدرته محكمة النقض وقد جاء فى أسباب ذلك الحكم[١]«...إذا كان لرجال الضبطية الإدارية ...أنت يتخذوا مخا تقضى بــه الضــرورة مــن الإجراءات والوسائل فإنه يجب عليهم أن يمتنعوا عن الوســائل المقــيدة لحــرية الأفراد إلا أن يكون ثمة مسوغ شرعى تقتضيه ظــروف الأحــوال . ويعتبر المسوغ الشرعى متوافرا حينما يكون الموظف قائمــا بــأداء وظيفته ويكون ما عمله أو أجراه لازما حتما للقيام بمهامهما مــن مــنع ضــرر جسيم يهدد النظام والأمن باعتبار هذا الإجراء الوسيلة الوحــيدة لمنع الضرر . وأن لمحكمة النقض والإبرام حق الرقابة على قيام هذا المسوغ وعدم قيامه» .

والجديــر بالملاحظة أن محكمة النقض اعتبرت الضرورة «مسوغا شــرعيا» وأنهــا جعلت أمر قيام هذا المسوغ أو عدم قيامه خاضعا لرقابة القضاء لا تستقل السلطة التنفيذية بتقديره .

---

(١) المحامــاة – السنة الرابعة عشر (القسم الأول) العدد التاسع – ص٣٧٠ وما بعدها (تحت رم ١٥٥) .

هـذا هـو الاتجـاه الغالب للقضاء العادى فى بلادنا . وننتقل الآن لدراسة اتجاه القضاء الإدارى فى الموضوع .

المبحث الثانى

موقف القضاء الإدارى فى مصر قبل العمل بالمادة ٧٤

بـدأ القضـاء الإدارى نشـأته فى مصر تحوطه - بالنسبة لنظرية الضرورة - مجموعتان من العوامل :

إحداهما نظرية ، والأخرى واقعية .

أمـا العوامل النظرية فكانت تتمثل فى ذلك البناء الكبير الذى أقامه مجلـس الدولـة الفرنسى للنظرية ، كذلك قبول القضاء العادى فى بلادنا - وهـو بطبيعـته أكـثر محافظة ودليل ذلك موقف نظيره فى فرنسا - لتلك النظرية . كمـا أن القضـاء الإدارى عندنا وقد بدأ حياته فى ظل دستور ١٩٢٣ وجـد ذى ذلك الدستور نصوصا سندها الأساسى يعتمد على نظرية الضرورة .

وهذا من ناحية العوامل النظرية أو من ناحية المبادئ .

أمـا مـن الناحـية الواقعية فإن مجلس الدولة المصرى أنشئ فى أعقـاب الحرب العالمية الثانية التى هزت كيان العالم والتى كانت آثارها ما تـزال تحدث فعلها وكانت جرائرها ما تزال قائمة مشهودة . وكان المجتمع المصرى نفسه يموج بكل عوامل الثورة وعدم الاستقرار ، ولم تمض بضع سنوات حتى كان ذلك المجتمع فعلا يمر من واقع إلى واقع آخر جد مختلف، فقـد نظـام الحكم من ملكى إلى جمهورى ومن نظام فى ظل دستور يطبق

أحـــياناً وتنـــتهك أحكامه أحيانا أخرى إلي فترة انتقال امتدت أكثر من ثلاث سـنوات ، ثـم بعدها من دستور إلى دستور ، ومن نظام حربى إلى تنظيم سياســـى واحـــد ، ومـــن نظـــره إلى العدل الاجتماعى إلى نظرة أخرى جد مختلفة.. وهكذا كانت البلاد تمر بظروف أقل ما يقال فيها أنها غير طبيعية ولا عاديـــة وكـــان لابد لهذه الظروف أن تلقى ضلالها على كل شئ ، وكان لابـــد لمجلـــس الدولـــة أن يأخذ ذلك كله فى الحسبان ، ذلك أن القضاء – والقضاء الإدارى بالذات – لا يمكن أن يعيش على هامش ظروف البلد الذى يقضى فى منازعاته .

وهكـــذا فإن مجلس الدولة المصرى عندما واجه المشكلة – مشكلة نظرية الضرورة – وجد نفسه محاطا بهاتين المجموعتين من العوامل التى لـــم نجعلـــه فى نفس الموقف الصعب الذى كان فيه مجلس الدولة الفرنسى عندما بدأ بناء النظرية .

وجـــد مجلـــس الدولة عندنا الأمور مهيأة من حيث النظر من حيث الواقـــع معا لكى يقبل نظرية الضرورة ويقيم لها فى قضائه بنيانا يبدو أنه ارتفـــع أحـــيانا إلـــى أكثر مما ينبغى على النحو الذى سنراه ونحن نعرض قضاء المجلسة وتطوره فى هذا الشأن .

والأصـــل فى نظرية الضرورة أنها تتخذ سندا لتوسيع نطاق السلطة علـــى حســـاب الحريات لما يرتجى من وراء ذلك من حماية لمصالح قومية أكثر أهمية من الحريات الفردية فى أوقات الخطر والأزمات .

والقضـــاء هـــو الـــذى يمسك بيده الميزان بين مقتضيات الضرورة ومقتضـــيات المشـــروعية أو بيـــن مقتضيات ما تدعى السلطة أنه مصلحة عامة ومقتضيات ما يدعيه الأفراد من مشروعية ، وقد كان القضاء الإدارى

عـــندنا – رغم إقراره للنظرية كأصل عام – حريصا فى بداية عهده على أن لا يوســع مــن نطــاق مبدأ المشروعية عند التطبيق إلا فى حيز محدود ، واســتمر القضـــاء الإدارى على هذا النهج عددا من السنين اتجه بعده إلى توسيع النطاق الذى يمكن أن يحتج فيه بنظرية الضرورة رغم أن الضوابط النظرية التى وضعها ظلت فى جوهرها واحدة كما سيبين لنا ، وتوجد بعض الدلائــل الــتى قد يستفاد منها أن القضاء الإدارى بدأ يتجه من جديد – مع إقراره للنظرية فى أصولها دائما – إلى تضييق نطاق التطبيق صونا للحرية مع عدم إغفال المصلحة العامة بطبيعة الحال .

إن الصراع الأساسى فى نظرية الضرورة هو صراع بين مقتضيات أمــن الدولة وصوالحها العليا من ناحية ومبدأ المشروعية وسيادة القانون فى صورته العادية من ناحية أخرى .

وقــد رأينا كيف اختلف الفقه وكيف اختلف القضاء حوا نوعية حل هذا الصراع ، ونرى الآن كيف سلك مجلس الدولة المصرى بدوره فى هذه القضية الشائكة .

وإذا كانت جمعية «مصر الفتاة» كانت سببا لإثارة هذه النظرية أمام القضـــاء العـــادى فـــيما مضى[1] فقد كان أمر تعطيل جريدتها هو المناسبة الأولـــى – فيما نعلم – التى أتيح للقضاء الإدارى فيما عندنا أن يقول كلمته بالنســـبة لـــنظرية الضـــرورة وأن يضـــع فى حكمه الصادر فى ٢٦ يونية

---

(١) انظــر حكم قاضى محكمة الأمور المستعجلة بتاريخ ٢٩ أغسطس ١٩٣٦ (مشار إلـــيه من قبل) ومنشور بالمحاماة السنة السابعة عشرة – العدد الثانى – ص٢٢٣ وما بعدها .

١٩٥١[1] ضـــوابطها وأصولها العامة التى ما زال يستهدى بها حتى أحدث أحكامه .

وتخلص وقائع هذه القضية فى أن جريدة مصر الفتاة كانت قد بدأت تشـــن حملـــة ضارية على الحكومة التى كانت قائمة فى البلاد آنذاك ، فلما اشـــتدت الحملة وبدأت تحدث آثارا واضحة فى الرأى العام أبلغت الحكومة النـــيابة العامة ضد الجريدة التى تولت التحقيق مع المسئول عن تحريرها ، ولـــم تكـــف الجـــريدة عن دعوتها وإثارتها للرأى العام فلجأت النيابة إلى المحكمـــة لاستصدار قرار بتعطيلها وفق ما يقضى به قانون المطبوعات . وتلـــك الفـــترة التى كانت الدعوى فيها منظورة أمام المحكمة اشتدت حملة الجـــريدة علـــى نحـــو رأت معـــه الحكومة أن ترك الجريدة تواصل حماتها ســـيؤدى إلـــى خطـــر داهم يهدد المصلحة العامة ويؤدى إلى قيام ثورة فى الـــبلاد وعلـــى ذلـــك واســـتنادا إلى نظرية الضرورة قررت الحكومة إلغاء الترخيص الصادر بالمجلة وحجبها عن الظهور .

وطعن المسئول عن المجلة فى هذا القرار أمام محكمة القضاء الإدارى .

وقد حددت المحكمة فى ذلك الحكم الهام الأركان التى يجب توافرها لقيام حالة الضرورة بأنها :

١ – أن يكون هناك خطر جسيم مفاجئ يهدد النظام والأمن .

٢ – أن يكون عمل الضرورة الذى صدر من الإدارة هو الوسيلة الوحيدة لدفع هذا الخطر .

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ٢٦ يونية ١٩٥١ فى القضية رقم ٥٨٧ لسنة ٥ق مجموعة أحكام القضاء الإدارى س٥ص١٠٩٩) .

٣- أن يكون هذا العمل لازما حتما فلا يزيد على ما تقضى به الضرورة.

٤- أن يقوم بهذا العمل الموظف المختص فيما يقوم به من أعمال وظيفته .

وهذه الأركان جميعا ترجع فى نظر المحكمة إلى أصلين معروفين يقضيان بأن الضرورات تبيح المحظورات وأن الضرورة تقدر بقدرها .

وبتطبيق هذه الأركان على الحالة التى كانت معروضة على المحكمة – ورغم عنف حملة التشهير التى قادتها الجريدة ضد الحكومة القائمة آنذاك وما ادعته الحكومة من أن الإثارة التى تدعو إليها المجلة تهدد الصالح العام وتنذر بخطر داهم ، رغم ذلك كله – فإن المحكمة خلصت إلى أن تصرفات الحكومة مع الجريدة لا تنم عن الخطر الداهم الذى لا سبيل إلى دفعه إلا بالإلغاء الفورى ، وبخاصة بعد أن التجأت الحكومة إلى القضاء وأصبح واجبا عليها أن تتربص حتى يقول القضاء كلمته ، وفى هذا الحكم أيضا أقرت المحكمة مبدأ إخضاع التجاء الحكومة إلى نظرية الضرورة لرقابة القضاء بقولها «أن أعمال الضرورة تخضع فى جميع الأحوال لرقابة القضاء ليرى ما إذا كانت أركان الضرورة متوافرة حتى يقوم الضرورة وتنتفى المسئولية . فإذا لم تتوافر هذه الأركان فليست هناك ضرورة ويكون العمل الصادر من الإدارة فى هذه الحالة موجبا للمسئولية إذا كان مادياً وباطلا إذا كان قرارا إداريا» .

ونستطيع أن نقول أن هذا الحكم – مع أنه رفض أن يعتبر الوقائع المعروضة عليه تشكل حالة من حالات الضرورة – هو الذى حدد فى نطاق القضاء الإدارى شروط قيام الضرورة من ناحية ، وخضوع تقدير ذلك لرقابة القضاء من ناحية أخرى .

وقـد أتـيح لمحكمة القضاء الإدارى فى حكمها الصادر بتاريخ ١٨ مـارس ١٩٥٦ فـى القضية رقم ١٨٨٠ لسنة ٦ قضائية أن تعرض لحكم مسـئولية الدولـة عن أعمالها فى الظروف العادية وأعمالها فى الظروف الاستثنائية وما تبيحه حالة الضرورة من خروج على القواعد العادية لمبدأ المشـروعية ومـا تؤدى إليه أيضا من تخفيف مسئولية الدولة فقالت «لا يطلـب مـن الإدارة وهى مأخوذة بظروف مفاجئة وأحوال خاطفة تحوطها ضـرورة عاجلـة ملحة تضطرها إلى العمل السريع الحاسم لضمان مصلحة عليا تتصل بسلامة البلاد أن تدقق وتتحرى وتفحص على النحو الذى عليها اتـباعه فى ظروف هادئة مألوفة وذلك حتى لا يفوتها الوقت ولا يفلت من يدهـا الـزمام . ويقضى منطق الحكمة بالتفرقة فى مسئولية الدولة بين ما يصدر من السلطة العامة من أوامر وتصرفات وهى تعمل فى ظروف عادية مستقرة تتاح لها فيها الفرصة الكافية للفحص والتبصر والأناة مع الروية ، وبيـن ما قد تضطر إلى اتخاذه من قرارات وإجراءات عاجلة تمليها عليها ظروف عاصفة وملابسات مستقلة لا تمهل للتدبر ولا تحتمل التردد كالحرب الخاطفـة والفتنة المندلعة والوباء الطارئ والكوارث الساحقة . ففى الحالة الأولـى تقـوم مسئولية الحكومة متى وقع ثمة خطأ من جانبها ترتب عليه إحـداث ضـرر للغـير وربطـت بيـنهما علاقة سببية وكذلك تتراوح هذه المسـئولية تـبعا لجسـامة الخطـأ والضرر . أما فى الحالة الثانية فالأمر مخـتلف عـنه فى الحالة الأولى إذ يقدر الخطأ بمعيار مغاير وبالمثل تقدر المسـئولية ، فمـا يعـد خطأ فى الأوقات العادية قد يكون سلوكا مباحا فى أحـوال الضرورة القصوى والظروف الاستثنائية ، وتتدرج المسئولية تباعا علـى هـذا المـنوال ، فلا تقوم كاملة إلا إذا ارتكبت الإدارة خطأ استثنائيا جسـيما يرقى إلى مرتبة العسف المتعمد والشطط المقصود المقترن بسوء

القصـــد ، وتخفف هذه المسئولية فى حالة الخطأ الظاهر غير المألوف الذى يجـــاوز الخطأ العادى المتجرد من التعسف فى استعمال السلطة الذى تحمل الإدارة علـــى الوقوع فيه ظروف غير عادية تنشد فيها مصلحة عامة تسمو علـــى المصـــالح الفردية التى لا ترقى إلى مصاف المصلحة العامة . وليس يســـوغ أن تقـــوم الخشـــية من المسئولية عائقا للسلطة العامة عن القيام بمهمـــتها فـــى إقـــرار الأمـــن واستتباب السكينة والمحافظة على الأرواح والأموال»[١].

ويتبين من هذا الحكم الأخير أن أثر الضرورة لا يقتصر على توسيع نطـــاق مبدأ المشروعية وإنما يتعدى ذلك أيضا إلى تخفيف مدى المسئولية ذلـــك أن مســـئولية الإدارة فى الأوضاع العادية غير مسئوليتها عندما تقوم حالة من حالات الضرورة ذلك أن حالة الضرورة قد تصل إلى الإعفاء التام مـــن المســـئولية إذا وصـــلت إلى المدى الذى لا يمكن معه أن يعد تصرف الإدارة مـــنطويا على خطأ حتى وإن أدى فعلها إلى الإضرار بالغير ذلك أن هـــذا الإضرار ما ارتكب إلا تفاديا لضرر أبلغ كان محتما أن يلحق بمصلحة عامـــة أولـــى بالـــرعاية والحماية من المصلحة التى لحقها الضرر نتيجة تصـــرف الإدارة ، الـــذى يعتبر تصرفا خاطئا أو غير مشروع فى الظروف العاديـــة وبالـــتالى موجبا للمسئولية . على أن مسئولية الإدارة قد تقام فى هذه الحالة على أساس من الخطر وتحمل التبعة «responsabilité sans faute»[٢].

---

(١) منشـــور بالجزء الأول من مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها محكمة القضاء الإدارى فى خمسة عشر عاما (١٩٤٦ - ١٩٦١) ص٩٢٥ -٩٢٩ .

(2) A. De Laubadére : Traité. Droit Administratif 4ed. t. 1 Paris 1967, p.235.

وعـــندما عـــدل نظام مجلس الدولة وأنشئت المحكمة الإدارية العليا وأتـــيح لهـــا أن تـــتعرض لنظرية الضرورة أقرت النظرية باعتبارها سببا لتوســـيع نطـــاق المشـــروعية وتصحيح ما لا يجوز تصحيحه فى الظروف والأوضـــاع العادية ، وعندما أرادت المحكمة الإدارية العليا أن تحدد أركان الضرورة حددتها بذات الأركان الأربعة التى ذكرتها محكمة القضاء الإدارى فـــى حكمها بتاريخ ٢٦ يونية ١٩٥١ وذكرت المحكمة العليا أيضا أن هذه الأركـــان جميعا[١] «ترجع إلى أصلين معروفين يقضيان بأن الضرورات تبيح المحظـــورات وأن الضـــرورة تقـــدر بقدرها» وترديد المحكمة العليا لنفس الأركـــان واستعمالها لنفس العبارات والألفاظ – رغم مرور وقت طويل بين الحكميـــن – يدل على استقرار القضاء الإدارى عندنا على نظرته إلى أركان حالة الضرورة وأساسها .

وقـــد واجه القضاء الإدارى عندنا بالنسبة لنظرية الضرورة مشكلة دقيقة أخرى ، ذلك أن بلادنا نظرا لظروفها الخارجية والداخلية عاشت فترة طويلة فى ظل الحكم العرفى أو فى ظل حالة الطوارئ التى حلت محل الحكم العـــرفى – وتوشـــك تلـــك الفترة أن تغطى الجزء الغالب من عمر القضاء الإدارى .

ومعـــروف أن الحكـــم العـــرفى أو حالـــة الطوارئ إلى وجود نظام اســـتثنائى يؤدى إلى تقوية السلطة على حساب الحرية ويبيح ما لا يباح فى الأوقات العادية ويقيم نوعا من المشروعية الاستثنائية إطارها أوسع بكثير مـــن إطـــار المشروعية فى الظروف الطبيعية فإذا كان ذلك كذلك فهل يجوز

---

(١) حكـــم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٢٦ مارس ١٩٦٦ منشور بمجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا السنة الحادية عشرة ص٥٦٧ .

الاحـــتجاج بحالـــة الضرورة للوصول إلى مزيد من تركيز السلطة وتقويتها وبالـــتالى إلـــى مـــزيد من الخروج على قواعد الشرعية العادية ومزيد من توســـيع الـــنطاق الاستثنائى للمشروعية الذى يقيمه نظام الحكم العرفى أو حالـــة الطـــوارئ ؟ وفـــى الإجابـــة على هذا التساؤل تباين موقف القضاء الإدارى فـــى بـــدء نشأته عن موقفه بعد فترة من حياته وتطوره ، وبالذات بعد إنشاء المحكمة الإدارية العليا على نحو ما سنرى .

وقد رددت محكمة القضاء الإدارى فى أكثر من حكم لها فيما يتعلق بالموضوع الذى نحن بصدد بحثه المبادئ الآتية(١):

١ – نظـــام الأحكـــام العرفـــية وأن كان نظاما استثنائيا إلا أنه ليس نظامـــا مطلقـــا ، بـــل هو نظام وضع الدستور أساسه وبين القانون أصوله

---

(١) راجع الأحكام العديدة لمحكمة القضاء الإدارى فى الموضوع وعلى وجه الخصوص الأحكام الآتية :

- حكم محكمة القضاء الإدارى فى القضية رقم ٥٦٨ لسنة ٣ القضائية فى جلسة ٣٠ يونية ١٩٥٢ منشور بمجموعة الأحكام – السنة السادسة – المجلد الثالث – ص١٢٦٦وما بعدها .
- وحكـــم ذات المحكمـــة فى القضية رقم ١٠٩٠ لسنة ٦ القضائية بجلسة ٢١ يونـــية ١٩٥٢ منشور بذات المجموعة (السنة السادسة – المجلد الثالث) ص ١٣٥٧ وما بعدها .
- وحكـــم ذات المحكمـــة فى القضية رقم ١٠٢٦ لسنة ٦ القضائية بجلسة ٢٩ أبريل ١٩٥٣ منشور بمجموعة الأحكام – السنة السابعة – المجلد الثالث ص ١٠٢٧ وما بعدها .
- وحكـــم المحكمة فى القضية رقم ٣١٢٧ لسنة ٧ القضائية بجلسة ٢٥ مارس ١٩٥٦ منشور بمجموعة الأحكام – السنة العاشرة – ص٢٥٨ وما بعدها .

ورســم حدوده وضوابطه «فوجب لذلك أن يكون إجراؤه على مقتضى هذه الأصــول والأحكــام وفى نطاق هذه الحدود والضوابط وإلا كان ما يتخذ من التدابــير والإجــراءات مجــاوزا لهذه الحدود أو منحرفا عنها عملا مخالفا للقانون تنبسط عليه رقابة المحكمة» .

٢- أن نظــام الأحكــام العرفــية فى بلادنا يعطى القائم على إجراء الأحكــام العرفية اختصاصات بالغة الاتساع مما لا يجوز معه تعدى نطاقها الواسع ، كذلك فإن هذا النطاق الواسع والاختصاصات العديدة أدعى - على حد تعبير المحكمة - «إلى أن تنبسط عليها الرقابة القضائية حتى لا يتحول مــن نظــام هــو فى حقيقته ومرماه نظام دستورى يقيده القانون إلى نظام مطلق لا عاصم منه وليست له حدود» .

٣- أن مرســوم إعلان الحكام العرفية هو عمل من أعمال السيادة دون نزاع ، ولكن التدابير التى تتخذ فى ظل الحكم العرفى من قبل القائمين علــيه ســواء كانت تدابير فردية أو تنظيمية لا تندرج ضمن أعمال السيادة وإنمــا تظــل دائمــا فى دائرة الأعمال الإدارية التى تخضع لرقابة القضاء الإدارى إلغاء وتعويضا .

٤- سلطة الحاكم العسكرى التقديرية رغم اتساعها ينبغى ألا تجاوز الحــدود الدســتورية المرسومة وأن لا تخل بالتزاماته القانونية وألا تتغول بوجــه خــاص علــى الحــريات العامة بدون مبرر قانونى وإلا شابها عدم المشروعية وانبسطت عليها رقابة القضاء الإدارى إلغاء وتعويضا .

٥- إقرار حق القضاء - آنذاك - فى رقابة دستورية القوانين وأنه لا يجوز للسلطة التشريعية أن تفرض على السلطة القضائية تطبيق تشريع يــتعارض مــع النصوص والمبادئ الدستورية فترغمها بذلك على مخالفة

الدستور ومن ثم تفتقد السلطة القضائية استقلالها وينقلب خضوعها للدستور خضوعا للسلطة التشريعية وهذا وذاك يتعارضان بداهة مع مبدأ فصل السلطات .

٦- المنع مع سماع الدعوى فى أى تصرف أو أمر أو قرار صدر من السلطة القائمة على الأحكام العرفية سواء بالطريق المباشر أو غير المباشر على نحو شامل مطلق هو إعفاء لهذه السلطة من أية مسئولية تترتب على تصرفاتها حتى تلك المخالفة لقانون الأحكام العرفية ذاته وحرمان الناس حرمانا مطلقا من اللجوء لقضاء - وهو ملاذهم الطبيعى - طلبا الانتصاف ، وليس من شك فى أن إعفاء سلطة عامة إعفاء مطلقا شاملا بغير قيد أو شرط من كل مسئولية تحققت فعلا فى جانبها وحرمان الناس حرمانا مطلقا من اللجوء للقضاء بأية وسيلة من شأنه الإخلال بحقوق الناس فى الحرية وفى المساواة وفى التكاليف والواجبات والانتصاف وهى حقوق طبيعية قد كفلها لهم الدستور . وعلى ذلك فإن مثل هذا الإعفاء من كل مسئولية وهذا التحصين المطلق لقرارات السلطة القائمة على الحكام العرفية يكون مخالفا للدستور ويكون بالتالى قد وقع باطلا .

والحقيقة أننا نستطيع أن نقرر بطمأنينة أن قضاءنا الإدارى - وبالذات محكمة القضاء الإدارى فى أحكامها التى صدرت منذ عام ١٩٤٨ وحتى عام ١٩٥٦ - رغم إقراره بنظرية الضرورة وبما يترتب عليها من آثار موسعة لنطاق المشروعية - إلا أن هذا القضاء رغم ذلك لم ينس دوره الأساسى حاميا للحريات ولحقوق المواطنين من عسف الإدارة واحتمائها وراء مبررات تباعد بينها وبين رقابة القضاء .

وقـد اسـتطاع القضـاء الإدارى عندنا فى تلك الفترة أن يقيم ذلك الـتوازن الدقيق بين مقتضيات الصالح العام وضروراته فى أوقات الأزمات مـن ناحـية ومبدأ المشروعية وسيادة القانون وحماية الحريات من ناحية أخرى .

وبـدأ تطـور جديد فى قضاء المجالس مع إنشاء المحكمة الإدارية العليا .

وأخذ ذلك التطور صورتين :

أولاهما : تقضـى بالتسـليم بإمكان قيام حالة الضرورة إلى جوار الحكـم العـرفى ممـا يزيد من توسيع نطاق السلطة وتركيزها ومما يقلل بالتالى من فاعلية مبدأ المشروعية ويخفف من قبضة سيادة القانون .

ثانيهما : تقضـى بصحة ما ذهبت إليه السلطة من تحصين لبعض القـرارات الإداريـة مـن رقابة القضاء على عكس ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإدارى وأوضحناه فيما تقدم .

وتتمـثل الصـورة الأولـى مـن صورتى التطور فى حكم المحكمة الإداريـة العلـيا فى القضية رقم ١٥١٧ لسنة ٢ قضائية بتاريخ ١٣ أبريل ١٩٥٧ والـذى جـاء فيه أن «... إعفاء القائمين على الأحكام العرفية مما يكونـون قـد اتخـذوه أثناء قيام الحكام العرفية من إجراءات تجاوزوا بها حـدود القانون باعتبار أنهم فعلوا ما تقضى به المصلحة العامة وما يمليه واجـب الدفاع عن البلاد أو واجب الحيطة والطمأنينة والمناط فى ذلك كله أن يكـون الحـاكم العسكرى وهو يتخذ هذا الإجراء إنما يدفع به خطرا أو غائلة أو بعبارة أخرى أن يكون رائده المصلحة العامة» .

ويتضـــح من هذا الذى قالته المحكمة العليا أنه يتصور فى ظل نظام الحكـــم العرفى رغم ما يقضى به من توسيع استثنائى لمدى السلطة وتقوية لها من ناحية ، وتضييق على الحريات العامة ووضع كثير من القيود عليها مـــن ناحـــية أخرى ، والتخفيف من قيود مبدأ المشروعية كثيرا من ناحية ثالـــثة – يتصـــور مع ذلك كله أن تتصرف الحكومة تصرفا تجاوز فيه حتى نطـــاق سلطتها الواسع كما رسمه القانون العرفى معتمدة على أن تصرفها فى هذا الشأن إنما كانت نقصد ما ورائه أن تدفع «خطرا أو غائلة أو بعبارة أخـــرى أن يكون رائدة المصلحة العامة» وهذا المعيار المرن الواسع يخشى معـــه أن تفـــتات السلطة على الحقوق والحريات العامة افتياتا خطيرا كلما قدرت أن فى ذلك مصلحة عامة .

ويـــزيد المـــر خطورة الصورة الثانية من التطور الذى ذهبت إليها المحكمة الإدارية العليا والتى رأت فيها أن ما جاءت به بعض القوانين من أحكـــام تحول بين القضاء وبين مراقبة قرارات إدارية معينة أو بمعنى آخر تحصـــين مثل هذه التصرفات الإدارية ضد رقابة القضاء هو حكم سليم من الناحية الدستورية على عكس ما ذهبت إليه مرارا – وأشرنا إليه من قبل – محكمة القضاء الإدارى .

وهـــذه الصـــورة الثانية من صور التطور تمثلت فى حكم المحكمة الإداريـــة العلـــيا الصـــادر فى القضية رقم ١٧٨٩ لسنة ٢ قضائية الصادر بـــتاريخ ٢٨ يونية ١٩٥٧ وحكمها الصادر فى القضية رقم ١٦١ لسنة ٣ قضائية والصادر بتاريخ ٢٩ يونية ١٩٥٧ وحكمها الصادر فى القضية رقم ٩٢٨ لســـنة ٣ قضائية والصادر بتاريخ ١٢ يوليه ١٩٥٨ ؛ والحكم الأول يتصل بدستورية المادة ٢٩١ من القانون رقم ٣٤٥ لسنة ١٩٥٦ فى شأن

تنظـيم الجامعات والتى كانت تحصن قرارات الجامعة الصادرة فى الشئون الطلابـية[١]. أمـا الحكـم الـثانى فقد قررت فيه المحكمة دستورية النص الخـاص بعـدم الطعـن بالإلغـاء أوة وقف التنفيذ أو طلب التعويض عن القـرارات الصادرة بفصل الموظفين عن غير الطريق التأديبى (م١، ٢ من القانون رقم ٦٠٠ لسنة ١٩٥٣) [٢].

وأمـا الحكـم الثالث فهو الذى يتصل بموضوعنا مباشرة ، ذلك أن المحكمـة العلـيا قررت فى ذلك الحكم الخطير – والذى جاء على خلاف ما تواتـرت علـيه أحكام محكمة القضاء الإدارى وسبق أن أشرنا إليها – أن المـادة الثالـثة من القانون رقم ٢٧٠ لسنة ١٩٥٦ الصادر بإلغاء الأحكام العرفـية والتى تحصن تحصينا مطلقا أى إعلان أو تصرف أو أمر أو تدبير أو قـرار قامت به السلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية أو مندوبوها ضـد كـل طعن أمام القضاء سواء كان الطعن مباشرا بطلب الإلغاء أو غير مباشـر بطلب التعويض – ذهبت المحكمة فى هذا الحكم إلى أن هذه المادة بدورها لا مخالفة فيها للدستور[٣].

وخلاصـة الأسـباب الـتى اعتمدت عليها المحكمة العليا فى القول بدسـتورية هـذه التشريعات المانعة من حق التقاضى والمحصنة للقرارات الإداريـة التى قصدت إلى تحصينها أنه تجب التفرقة بين المصادرة المطلقة لحـق التقاضـى عموما وبين تحديد دائرة اختصاص القضاء . وإذا كان لا يجـوز من الناحية الدستورية حرمان الناس كافة من الالتجاء إلى القضاء

(١) المجموعة الثانية لمبادئ المحكمة الغليا العدد الثالث ص١١١٥ .

(٢) المجموعة الثانية لمبادئ المحكمة العليا العدد الثالث ص١٣٢٥ .

(٣) المجموعة الثالثة لمبادئ المحكمة العليا العدد الأول ص١٦٩١ .

للانتصــاف لأن فى ذلك مصادرة لحق التقاضى وهو حق كفله الدستور ... إلا أنــه يجــوز من ناحية أخرى للمشرع أن يحدد دائرة اختصاص القضاء بالتوسع أو التضييق لأن النصوص الدستورية تقضى بأن القانون هو الذى يرتب جهات القضاء ويبين اختصاصها .

وهــذا الاتجــاه الذى اتجهته المحكمة الإدارية العليا مناقض تماما للاتجاه الذى سبق أن اتجهت إليه محكمة القضاء الإدارى .

والحقــيقة اننــا أن اتجاه محكمة القضاء الإدارى هو الأسلم قانونا وهو الأرعى لحقوق الناس وهو ألا حفظ لمبدأ المشروعية وسيادة القانون.

ونرى أن الحجة الأساسية التى استندت إليها المحكمة العليا هى من الجــدل غير المجدى ، ذلك أنه من غير المتصور فى الدولة الحديثة أيا كان نظامهــا أن يأتى المشرع ليصادر حق التقاضى جملة وتفصيلا لأنه إن فعل ذلــك فقــد قضــى على فكرة الدولة القانونية من أساسها وقضى على مبدأ الفصــل بيــن السلطات وإسناد اختصاص معين لكل منها ، بل وقضى على فكرة الحكومة المقيدة وفكرة الدستورية من أساسها . وهذه كلها أمور غير متصــورة فــى الدولة الحديثة إلا أن تكون دولة بوليسية لا تعرف للقانون معنى إلا أنه ما يشاءه الحاكم ، وقد يشاء اليوم شيئا ويشاء غدا شيئا آخر.

وهكذا فإن مصادرة أصل حق التقاضى هى مسألة غير واردة أصلا ولا قابلــة للتحقق للتحقق عملا وليس قصاراها أنها مسألة غير دستورية ، أنهــا هــدم لفكرة الدستور وفكرة الدولة القانونية وفكرة الحكومة المقيدة جميعا .

وعلــى ذلــك فإننا نستطيع أن نقول أن مصادرة أصل حق التقاضى

جملة هو موضوع غير وارد ولا هو بموضع للمناقشة والجدل .

يبقى الجدل إذن حول تنظيم حق التقاضى ؛ ولا شبهة إن هذا التنظيم يدخل فى اختصاص المشرع ولا جناح عليه إن هو انتهج فى هذا التنظيم نهجا موسعا حينا أو مضيقا حينا ، ولكن الجناح كل الجناح والخاف كا الخلف فى أن يتخذ تنظيم حق من الحقوق ذريعة للقضاء على ذلك الحق، وإذا كان القضاء على حق التقاضى غير متصور فى صورة إلغاء السلطة القضائية مثلا – وهو الأمر المستفاد من المصادرة المطلقة لأصل الحق وهى الصورة الوحيدة التى ترفضها أحكام المحكمة العليا كما لو كانت ممكنة عملا – فإن الصورة الأخرى المتصورة والتى حدثت فعلا عندنا هى أن يصادر الحق فى مقاضاة طائفة معينة من قرارات الإدارة وتصرفاتها وتحصين تلك الطائفة تحصينا مطلقا .

والسؤال هو هل مثل هذا التحصين المطلق لطائفة من تصرفات الإدارة وقراراتها أمر يدخل فى معنى تنظيم حق التقاضى أم يدخل فى باب مصادرة هذا الحق .

أجابت محكمة القضاء الإدارى – ومعها الغالب من الفقه المصرى– بأن ذلك النص يدخل فى باب مصادرة حق التقاضى وإنه على ذلك يقع باطلا من الناحية الدستورية .

وأجابت المحكمة الإدارية العليا –وحدها لا يساندها فى ذلك فقه يعتد به – أن ذلك نوع من التنظيم الذى يبيحه الدستور ولا يمنعه .

وعلى أى حال فليس المقام هنا مقام بحث فى موضوع رقابة دستورية القوانين بحيث يمكننا أن نتوسع فى هذه المناقشة ولكن الذى

أردنـــا أن نبيـــنه أن القضـــاء الإدارى عندنا اتجه أولا اتجاها من شأنه أن يؤكد:

١- إقراره لنظرية الضرورة وتحديده تحديدا واضحا أركانها .

٢- إقـــراره أن القضـــاء يســـتطيع أن يراقـــب دائما مدى توافر أركان الضرورة ليرتب عليها نتائجها .

٣- أن الحكـــم العرفى بما يؤدى إليه من توسيع لنطاق السلطة وتقوية لهـــا وبمـــا يؤدى إليه من اضعاف لقبضة مبدا المشروعية وسيادة القـــانون لا يحـــتمل أن تقوم إلى جواره حماية جديدة للسلطة تحت ظل نظرية الضرورة .

٤- أنـــه لا يجـــوز تحصـــين قـــرار إدارى تحصينا مطلقا من الرقابة القضائية .

وجاءت المحكمة الإدارية العليا لتقر المرين الولين[١] ولتخرج على

---

(١) أقرت المحكمة العليا نظرية الضرورة وحددت أركانها على ذلك النهج الذى حددتها بـــه محكمـــة القضـــاء افدارى (راجع فى ذلك حكم العليا بتاريخ ٢٦ مارس ١٩٦ السابق الإشارة إليه) .

أمـــا من ناحية رقابة القضاء لسلطة الإدارة فى تقدير أركان الضرورة فقد تمسكت بهـــا المحكمـــة العليا دائما . وفى حكم حديث لها بتاريخ ٢٠ فبراير ١٩٧١ قالت «... ولا يغـــير مـــن طبـــيعة هذا انقرار صدورة قبيل العدوان الإسرائيلى ذلك أن مواجهـــة هـــذا الظـــرف الاستثنائى وما يتطلبه من ضرورة اتخاذ تدابير سريعة وحاســـمة لضـــمان تمويـــن البلاد وتحقيق العدالة فى التوزيع من شانه أن يمنح السلطة المختصة القائمة على تموين البلاد حرية واسعة فى تقدير ما يجب اتخاذه من التدابير والإجراءات بمقتضى سلطة تقديرية تختلف فى مداها لا فى وجوب (=)

الأمرين الثانيين على النحو الذى سبق أن بيناه .

وعلـــى أى حال بالنسبة للمر الأخير فإن الدستور الجديد - دستور سبتمبر ١٩٧١ - قد حسم المر على نحو نهائى لا يقبل المجادلة بنصه فى المـــادة ٦٨ منه على أنه «يحظر النص فى القوانين على تحصين أى عمل أو قرار إدارى من رقابة القضاء» .

وهكـــذا ننـــتهى مـــن دراســـتنا للجانبين الفقهى والقضائى لنظرية الضرورة - تلك الدراسة التى طفنا بها على الفقه والقضاء فى أكثر من بلد وأكـــثر مـــن نظام قانونى وحرصنا على أن نختمها سواء بالنسبة للفقه أو بالنسبة للقضاء بما هو قائم فى بلادنا .

ونحـــب قـــبل أن ننتقل إلى القسم الثانى من هذه الدراسة - القسم التطبـــيقى فى مجال التشريع - ان ننبه إلى مسألة تتعلق بالمصطلحات ذلك أن الفقـــه كثـــيرا مـــا يســـتعمل تعبـــير «الضـــرورة» ، وتعبير «الظروف الاستثنائية»باعتبارهما تعبيرين مترادفين يؤديان معنى واحدا.

ذلـــك على حين أننا نذهب إلى أن تعبير «الظروف الاستثنائية» هو بمـــثابة تعبـــير واقعـــى يقصد به وصف وتوضيح الظروف والأوضاع غير العاديـــة الـــتى تـــؤدى إلـــى خلق المناخ الذى تقوم فيه «حالة الضرورة» باعتبارها وصفا قانونيا .

وهـــنا نوضح ما نذهب إليه - فى نطاق القانون الدستورى - نقول

(=) بسط الرقابة عليها من السلطة التقديرية التى تتمتع بها الحكومة فى الظروف العادية» منشور بمجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا - السنة السادسة عشرة - العدد الثانى ص١٦٧ .

أنه لا يتصور أن تقوم حالة الضرورة إلا إذا سبقتها ظروف استثنائية تؤدى إلــى قيامها ، ذلك أن الظروف الاستثنائية التى قد تمثل فى نشوب حرب أو الــتهديد بها أو كارثة أو عصيان مسلح أو إضراب عام أو طوفان أو دمار أو حــرب أهلية أو فتنة بين طوائف الأمة وفئاتها أو أزمة اقتصادية رهيبة أو ما إلى ذلك – الظروف الاستثنائية التى تتمثل فى ثش من ذلك هى التربة أو المــناخ او الواقع الذى يؤدى على تحريك حالة الضرورة . فالضرورة لا توجد إلا على أرض ظروف استثنائية .

العكــس لــيس صــحيحا دائما ، فقد توجد ظروف استثنائية ولكن ســلطات الدولة تستطيع أن تحكم هذه الظروف الاستثنائية بحيث لا تضطر إلى اللجوء إلى «نظرية الضرورة» ، إذ قد يوجد الظرف الاستثنائى وتوجد وســائل دفعه ورده دون الاستناد إلى نظرية الضرورة ذلك أن الخطر الناجم عن الظرف الاستثنائى يكون عندئذ «خطرا محكوما» .

وليس أدل على ذلك من حالة البلاد التى يرفض الفقه والقضاء فيها التســليم بنظرية الضرورة ، إذ أنه لا شبهة أن تلك البلاد قد مرت بظروف استثنائية – سواء فى ذلك الحروب أو الأزمات الاقتصادية أو الإضرابات أو مــا إلى ذلك – ومع ذلك فإنه لم يلتجأ فيها – أو لم يقر الإلتجاء فيها – إلى نظرية الضرورة .

هــذا مــن حيث التفرقة بين مصطلح «الظروف الاستثنائية» الذى نــرى فــيه شــرطا واقعــيا يسبق وجود «حالة الضرورة» باعتبارها دفعا قانونيا.

كذلــك ومــن ناحية أخرى فإننا نرى أن من الاسلم استعمال تعبير «الضــرورة» ذلك أن «نظرية الضرورة» هى فى حقيقتها دفع للإعفاء من

المسـئولية عند إرتكاب مخالفة قانونية دراء لخطر ما كان يمكن دفعه بغير هـذه المخالفة . وهذا الدفع[١] بدأ أول ما بدأ فى نطاق القانون الجنائى ثم انـتقل إلـى غـيره مـن فروع القانون . لذلك فإننا نفضل أن نقول نظرية الضـرورة فـى القـانون الجنائى - نظرية الضرورة فى القانون المدنى- نظـرية الضـرورة فـى القـانون الإدارى - نظرية الضرورة فى القانون الدسـتورى ... وهكـذا ، وفى هذا نوع من توحيد المصطلحات التى يتحد جوهـرها القـانونى حـتى وإن اخـتلف موضعها فى هذا الفرع من فروع القانون أو ذاك .

المبحث الثالث

موقف القضاء الإدارى فى ظل تطبيق

المادة ٧٤ من الدستور

قلـنا أن المادة الرابعة والسبعين من دستور سنة ١٩٧١ قد طبقت فـى العمـل مرتيـن : المـرة الأولى فى فبراير ١٩٧٧ والمرة الثانية فى سبتمبر ١٩٨١ .

ولـم يـثر فـى ظـل التطبـيق الأول أى نزاع أمام مجلس الدولة بخصـوص ذلك التطبيق . وإنما أثير أمر هذا التطبيق أمام القضاء الجنائى حيث قدم عدد من المتهمين بأحداث الشعب فى ١٨ و ١٩ يناير ١٩٧٧ إلى محكمة أمن الدولة العليا بمقتضى القانون رقم ٢ لسنة ١٩٧٧ الذي طرحه

---

(١) لا نقصـد من كلمة الدفع هنا معناها الفنى المقصود فى قانون المرافعات وإن كان المعنى الذى نقصده ليس بعيدا فى جوهره عن ذلك .

رئيس الجمهورية على الاستفتاء استنادا إلى نص المادة ٧٤ من الدستور واستنادا إلى بعض مواد قانون العقوبات وقد دفع أمام هذه المحكمة بعدة دفوع ليس من بينها توافر حالة الضرورة الواردة فى المادة الرابعة والسبعين من الدستور ولذلك فإن المحكمة لم تناقش أمر هذه المادة ولم تناقش مدى دستورية القانون رقم ٢ لسنة ١٩٧٧ ولا تأثير الاستفتاء الصادر بشأنه على طبيعته . ومن ثم فإن هذا الحكم – مع أنه من الأحكام العظيمة من حيث التسبيب الجنائى – لا يفيدنا فيما نحن بصدده .

وعند التطبيق الثاني للمادة ٧٤ من الدستور اتخذ رئيس الجمهورية استنادا إليها عددا من القرارات هى القرارات ٤٨٩ و ٤٩٠ و ٤٩١ و ٤٩٢ و ٤٩٣ و ٤٩٤ و ٤٩٥ لسنة ١٩٨١ وقد طعن فيها جميعا أمام محكمة القضاء الإدارى وأصدرت الدوائر المختلفة لهذه المحكمة عددا من الأحكام الإدارية التاريخية هى التى نعرض لها هنا بالدراسة والتعليق .

وقد يحسن أن نقسم دراستنا لهذه الأحكام إلى الموضوعات الآتية :

أ- موقف القضاء الإدارى من قرار إعلان الرجوع إلى المادة ٧٤ من الدستور .

ب- موقف القضاء الإدارى من القرارات الصادرة استنادا إلى تلك المادة .

ج - موقف القضاء الإدارى من الاستثناء الذي جرى على هذه القرارات .

أ - موقف القضاء الإدارى من قرار إعلان الرجوع إلى المادة ٧٤ من الدستور :

لعله يحسن بنا هنا أن نتذكر أن مجلس الدولة الفرنسى – وقد شايعه فى ذلك الفقه الفرنسى – ذهب إلى أن إعلان العمل بالمادة ١٦ من الدستور الفرنسى – وهى التى تقابل المادة ٧٤ عندنا – يعتبر عملا من

إعمال السيادة لا يخضع لرقابة القاضى الإدارى .

فماذا كان موقف القضاء الإدارى عندنا ؟

ذهـــب بعــض الدارسين إلى أن القضاء الإدارى عندنا رفض الأخذ باعتـــبار أن إعـــلان الرجوع إلى المادة ٧٤ من الدستور يعتبر من إعمال الســـيادة وأنـــه لا يعدو أن يكون قرارا إداريا يخضع شأنه فى ذلك شأن كل القرارات الإدارية لرقابة القاضى الإدارى .

وقد ذهب مفوض الدولة فى تقريره الذي أعده في القضية الخاصة بـــنقل أعضاء هيئات التدريس بالجامعات والمعاهد العليا إلى وظائف إدارية خارج الجامعة - القرار رقم [illegible] لسنة ١٩٨١ - إلى ان قرار الرجوع إلى المـــادة ٧٤ من الدستور لا يعتبر من أعمال السيادة وأنه لا يعدو أن يكون قـــرارا إداريا يخضع لرقابة القضاء . وقال المفوض فى تقريره : [(١)]» ومن حيـــث أنه فيما يتعلق بقرار رئيس الجمهورية بإعلان العمل بالمادة ٧٤ من الدســـتور .... وإن انتهى مفوض الحكومة (فى فرنسا) إلى أن قرار رئيس الجمهوريـــة بـــإعلان الرجوع إلى المادة ١٦ يخرج من اختصاص مجلس الدولـــة الفرنســـى مستندا فى ذلك إلى أن ذلك القرار يعد تعديلا أساسيا فى العلاقـــة بيـــن الســـلطات ومن ثم .... يقع ضمن النطاق الأساسى لإعمال الســـيادة إلا أن هـــذا القـــول لا يمكن الأخذ به على إطلاقه بالنسبة لإعلان العمـــل بالمـــادة ٧٤ من الدستور المصرى فمن ناحية أولى .... نلاحظ أن الســـلطات المخولـــة لرئـــيس الجمهورية بموجب المادة ٧٤ تتعلق باتخاذ

---

(١) تقرير مفوض الدولة المقدم فى الدعوى رقم ١٨٦ لسنة ٣٦ قضائية - جلسة ٢٤ نوفمبر ١٩٨١ - غير منشور .

الإجراءات السريعة لمواجهة الخطر الذي يحدق بالبلاد وليس فيما نرى من مقتضى أعمال هذه المادة أن تتضمن هذه الإجراءات اعتداءا على الدستور فيما قرره من فصل للسلطات يتسم بالتعاون والرقابة إذ لا يتصور أن يتضمن دستور ضمن مواده تهدم البنيان الدستورى ذاته سواء بتعديل الدستور أو إيقاف بعض مواده أو إلغاء الآخر . هذا من جهة . ومن ناحية ثانية فإن ما انتهى إليه مفوض الحكومة فى فرنسا – مع التقدير لدوره الكبير فى هذا الصدد – لا يتسق مع الاتجاه الحديث فى القضاء الفرنسى نحو تضييق دائرة أعمال السيادة . ومن ناحية ثالثة فإن قرار العمل بالمادة ٧٤ لا يمكن أن يتضمن بحال أى تعديل أساسى بين السلطات الأمر الذي لا نذهب معه إلى ما انتهى إليه رأى المفوض فى فرنسا ونرى أن قرار إعلان العمل بالمادة ٧٤ ينطوى فى ذاته على تقرير قيام حالة الضرورة وتوافر شروطها وأركانها التى دعت رئيس الجمهورية إلى اللجوء إلى نص هذه المادة ومن ثم .... ولئن كان فحص مدى مشروعية القرارات المتخذة وفقا للمادة ٧٤ يتسم بالسلطة التقديرية التى تتسع وتضيق بحسب الظروف كما أنه – من جهة أخرى – لا ننكر على رئيس الجمهورية تمتعه بهذه السلطة التقديرية فى القول بتحقق الشروط والأركان الداعية إلى استعمال السلطات المخولة له بهذه المادة . إلا أن ذلك لا يتعارض البته مع خضوع هذه السلطة التقديرية لرقابة القضاء ومن ثم ... يدخل قرار إعلان العمل بالمادة ٧٤ من الدستور فى دائرة الرقابة القضائية على مشروعية القرارات الإدارية .

هذا هو ما انتهى إليه مفوض الدولة عندنا من اجتهاد محمود يخالف ما اتجه إلأيه المفوض الفرنسى .

فماذا كان موقف محكمة القضاء الإدارى ؟
وماذا كان موقف الفقه من الموضوع ؟
وما تقديرنا لذلك كله ؟

نلاحظ وقد راجعنا غالبية الأحكام الصادرة من دوائر محكمة القضاء الإدارى فى هذا الخصوص - أن لم يكن كلها - إنها جميعا لم تتعرض لقرار إعلان الرجوع إلى المادة ٧٤ على نحو مباشر . ولم تناقش حق رئيس الجمهورية فى الرجوع إلى هذه المادة . ولم تعرض لتكييف ذلك القرار وهل هو عمل من أعمال السيادة أم أنه مجرد قرار إدارى . وإنما عمدت محكمة القضاء الإدراى إلى مناقشة القرارات الصادرة من رئيس الجمهورية استنادا إلى تلك المادة وأنزلت عليها رقابتها على نحو ما سنرى فيما بعد .

ونعتقد أن محكمة القضاء الإدارى كانت موفقة فى ذلك إلى أبعد الحدود ووصلت عن طريق ذلك إلى حماية مبدأ المشروعية وحماية حقوق وحريات المواطنين دون أن تزج بنفسها فى جدل فقهى حول طبيعة قرار اللجوء إلى المادة ٧٤ من الدستور .

ونحن وإن كنا من دعاة التضييق إلى أبعد مدى من نطاق نظرية أعمال السيادة وإن كنا من دعاة عدم الأخذ بها أمام القضاء الدستورى إلا إننا أمام تواتر الأحكام سواء من المحكمة الدستورية العليا أو من مجلس الدولة نرى ضرورة التسليم بوجود هذه النظرية - رغم كراهيتنا لها - ونرى مع ذلك ضرورة التضييق من مداها ونعتقد أن دستور ١٩٧١ عندما نص على أن سيادة القانون هى أساس الحكم فى الدولة وعندما أعلن موقفه برفض تحصين أى عمل أو قرار إدارى من رقابة القضاء إنما يأخذ

هذا الموقف ذاته .

ونذهب إلى أن المناقشة التى أثارها بعض الفقه[1] حول ما إذا كانت محكمــة القضــاء الإدارى قد اعتبرت أن قرار الرجوع إلى المادة ٧٤ من الدستور هو عمل من أعمال السيادة أو مجرد قرار إدارى هى مناقشة غير ذات موضــوع ذلــك لأن الأحكــام الصــادرة مــن مجلس الدولة فى هذا الخصــوص لــم تــناقش هذا الأمر وإنما عبرت عليه واتجهت إلى مناقشة القــرارات الــتى أصدرها رئيس الجمهورية استنادا إلى المادة ٧٤ . وهو موقف سليم من الناحية القضائية.

ومــا زلــنا نــرى – للأسف – أن قرار الرجوع إلى المادة ٧٤ من الدستور فى ذاته يعتبر – فى ظل القبول بنظرية أعمال السيادة – عملا من أعمال السيادة يخرج عن رقابة القضاء الإدراى .

وإذا كــان القضــاء قد استقر على أن قرار العمل بأحكام الطوارئ يعتــبر من أعمال السيادة فإن قرار الرجوع إلى المادة ٧٤ يعتبر كذلك من باب أولى .

واعتــبار العمل بقانون الطوارئ من أعمال السيادة لم يمنع القضاء الإدارى من إنزال رقابته على القرارات الصادرة استنادا إلى الطوارئ كذلك فــإن اعتــبار قــرار الرجوع إلى المادة ٧٤ من الدستور عملا من أعمال

---

(١) راجع المناقشات التى اثيرت حول هذا الموضوع فى رسالة الدكتور لبيب على لبيب غنيم عن- الدور السياسى للقاضى الإدارى – القاهرة ١٩٩٣ ص٦٩٣ وما بعدها. ورســالة الدكــتور زجدى ثابت غبريال . سابق الإشارة إليها ص٤٥١ وما بعدها والمراجع المشار إليها فى كل من الرسالتين .

السـيادة لا يمنع بدوره من إخضاع القرارات الصادرة استنادا إليها من هذه الـرقابة القضـائية . وهذا هو ما حدث فعلا وهذا ما يحقق الحماية الفعلية للحريات والحقوق التى كفلها الدستور للمواطنين .

موقف القضاء الإدارى من القرارات الصادرة استنادا للمادة ٧٤ من الدستور :

عندما أعلن رئيس الجمهورية الرجوع إلى المادة ٧٤ من الدستور فـى سبتمبر ١٩٨١ أصدر عدة قرارات استنادا إلى تلك المادة . وقد طعن أصـحاب المصلحة فى هذه القرارات جميعا ونظرت محكمة القضاء الإدارى هـذه الطعـون وأصدرت فيها عددا من الأحكام نعتبرها من مفاخر القضاء الإدارى فـى بلادنـا . ونستطيع أن نقرر بأمانة أن مجلس الدولة المصرى ذهـب فى هذا الخصوص إلى أبعد مما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسى . لقد أدرك مجلس الدولة عندنا أنه يقف وحده حاميا لمبدأ المشروعية وكان لابـد مـن التصـدى لحمايـة هذا المبدأ ذلك على حين أن مجلس الدولة الفرنسـى كـان يحكـم وهو يدرك إن ثمة مؤسسات دستورية غيره تحمى المشـروعية وأن ثمة رأيا عاما قويا مستنيرا يقف وراء الدستور ويحميه مـن العبـث . ومـن هنا كان إدراك مجلس الدولة فى مصر لخطورة ودقة موقفـه . وقـد قلـنا أن نوعـا من «السياسة القضائية» تتدخل فى تقدير القاضـى الإدارى ولعـل أهـم الشـواهد فى هذا الصدد هو ابتداع القاضى الإدارى الفرنسـى لنظرية أعمال السيادة فى فترة معينة قدر فيها أن ابتداع هـذه الـنظرية يجنـبه مؤونة الاصطدام بالسلطة التنفيذية بصدد قراراتها الخطـيرة واتجاهـه أخيرا إلى التضييق الشديد من هذه النظرية هو بدوره شاهد على هذه السياسة القضائية .

لقـد أدرك القضـاء الإدارى عندنا فى مرحلة من المراحل هى تلك

الـــتى تعـــرض القـــرارات الصادرة استنادا إلى المادة ٧٤ من الدستور فى سبتمبر ١٩٨١ أنه يقف فى الميدان ليحمى المشروعية والحريات وقد فعل بكل اقتدار على نحو ما سنرى من استعراض أحكامه فى هذا الصدد .

وكانـــت أولـــى الأحكـــام الـــتى صدرت فى هذا الخصوص حكمان أصـــدرتهما محكمـــة القضـــاء الإدارى بـــتاريخ ١١ فبراير ١٩٨٢ دائرة منازعات الأفراد .

وقد طلب من المحكمة فى أحدى هاتين القضيتين الحكم بوقف تنفيذ القـــرارات أرقام ٤٨٩ و٤٩٠ و٤٩١ و٤٩٢ و٤٩٣ و٤٩٤ و٤٩٥ لسنة ١٩٨١ ومـــا ترتـــي عليها من أثار . أى أن هذه الدعوى شملت القرارات جمـــيعا وأهم هذه القرارات القرار رقم ٤٩٣ الصادر بالتحفظ على أكثر من ألـــف مواطـــن ، ولمـــا كان الشق المستعجل الخاص بوقف تنفيذ القرارات المشـــار إلـــيها هو الذي كان مطروحا على المحكمة . وكان على المحكمة القضـــاء فى هذا الشق أن يستبين لها أمران : الجدية والاستعجال فقد قالت المحكمـــة عـــن ركن الحدية «ومن حيث أنه عن ركن الحدية فى طلب وقف التنفيذ فإن الثابت من ديباحة القرارات المطعون فيها أرقام ٤٩٢ و ٤٩١ و ٤٩٤ و ٤٩٥ لسنة ١٩٨١ أنها صدرت استنادا إلى المادة ٧٤ من الدستور الـــتى تمـــثل حالـــة من حالات الضرورة وقد استقر قضاء هذه المحكمة على أن الضرورة كسبب القرار الإدارى لا تقوم إلا بتوافر أركان ثلاثة هى :

١ – أن يكون هناك خطر جسيم مفاجئ يهدد النظام والأمن .

٢ – أن يكـــون القرار الصادر هو الوسيلة الوحيدة لدفع هذا الخطر وأنـــه لا يمكـــن مواجهـــة هـــذا الخطر بالقواعد القانونية القائمة المقررة الظروف العادية .

٣- أن يكـون القـرار لازمـا حـتما فـلا يزيد على ما تقضى به الضـرورة . وهـذه الأركـان جمـيعا ترجع أنى أصلين مسلم بهما قانونا يقضيان بأن الضرورات تبيح المحظورات وأن الضرورة تقدر بقدرها» .

واسـتطردت المحكمـة بعـد ذلك لتتبين مدى توافر حالة الضرورة بـتوافر أركانها وعرضت للأحداث التى وقعت فى يونيه ١٩٨١ ثم استقرار الامـور بعـد ذلك واستتباب النظام حيث قالت «من حيث أنه يبين من بيان وخطـاب رئـيس الجمهورية ...أن الخطر الجسيم المفاجئ الذي دفعه إلى إصدار القرارات المطعون فيها هو الأحداث التى وقعت فى الزاوية الحمراء وأن الشرطة سيارت على الموقف وصانت الأمن العام فى حينه وأن النيابة وضـعت الأمور فى نصابها وكان ذلك فى شهر يونيه ١٩٨١ فإن القرارات المطعون فيها وقد صدرت فى ١٩٨١/٩/٢ فى تاريخ لاحق على وقوع هذه أحداث والسيطرة عليها تكون قد صدرت فى وقت لم تكن فيه الأمور تستلزم صـدورها حتى كان رئيس الجمهورية يخش وقوع إحداث خطيرة وجسيمة فـى المسـتقبل حسبما جاء فى خطابه المشار إليه لأن اتخاذ هذه القرارات مـنوط بـتوافر خطر حال لا خطر زال أو خطر قد يحدث فى المستقبل ... ومـن حيـث أنـه بناء على ما تقدم تكون حالة الضرورة التى استند إليها رئـيس الجمهوريـة فـى إصدار القرارات المطعون فيها غير قائمة وقت إصدار هذه القرارات ومن ثم تكون هذه القرارات بحسب ظاهر الأوراق غير قائمة على السبب الذي استندت إليه»[١].

وفى نفس التاريخ أصدرت ذات الدائرة وحكمها فى الدعوى رقم ٨

---

(١) أسباب الحكم فى الدعوى رقم ٣١٢٣ لسنة ٣٥ قضائية - محكمة القضاء الادارى دائرة منازعات الأفراد فى ١١ فبراير ١٩٨٢ .

لسـنة ٣٦ قضائية واستندت إلى ذات الأسباب التى استندت إليها فى الحكم السابق . ومما جاء فى هذا الحكم «وقد استقر مجلس الدولة على أن إعمال الضـرورة تخضـع فـى جمـيع الأحـوال لرقابة القضاء لتقدير مدى قيام الضـرورة بأركانهـا وذلـك حتى يتسنى الحكم على مدى مشروعية العمل الصـادر فى شأنها فإذا ما تبين عدم توافر هذه الأركان كان العمل الصادر مـن الإدارة فى هذه الحالة موجبا للمسئولية أن كان عملا ماديا وباطلا إذا كان قرارا إداريا» .

وجـاء فـى تلـك الحيثـيات أيضا«ومن حيث أن ما نسبه رئيس الجمهوريـة فـى خطابـه إلـى أحـزاب الإقلية وإلى الجماعات الإسلامية والأخـوان المسلمين وإلى بعض الشخصيات الدينية حتى يفرض صحتهما كـان يـرقى فى خطورته إلى مرتبة الضرورة التى تبرر اتخاذ ما صدر من إجراءات»[١].

والـذى يبين من استعراض أسباب هذين الحكمين إنها ناقشا أركان حالـة الضـرورة وانتهـيا إلـى عدم توافرها ومن ثم حكمها بعدم استنادا القرارات المطعون فيها إلى السبب الذي أدعى بأنها تستند إليه ومن حكمت المحكمـة بوقـف تنفـيذ هذه القرارات . ولم يكن معروضا عليها آنذاك إلا الحكم فى الشق المستعجل .

ولعـنا نلاحـظ أن المحكمة فى هذين الحكمين – وهما أول حكمان يصـدران فـى الموضوع – لم تعرض من قريب أو من بعيد لقرار الرجوع

---

(١) أسـباب الحكـم فى الدعوى رقم ٨ لسنة ٣٦ قضائية الصادر من محكمة القضاء الإدارى دائرة منازعات الأفراد بتاريخ ٨٢/٢/١١

إلـــى المـــادة ٧٤ من الدستور وإنما حاكمت القرارات المطعون فيها أمامها ووزنـــت هذه القرارات على ضوء أركان حالة الضرورة ولما تبين لها عدم توافـــر هـــذه الأركـــان قضت بوقف تنفيذ تلك القرارات وبتاريخ ١٨ يناير ١٩٨٣ أصـــدرت دائـــرة أخرى من دوائر محكمة القضاء الإدارى حكما فى الدعـــوى المرفوعة من الجمعية الإسلامية للدعوى وتنمية المجتمع بأسيوط – الدعـــوى رقـــم ٢٤١١ لسنة ٣٦ قضائية – تطعن فى القرار ٤٩٢ الذي قضـــى بحـــل عـــدد من الجمعيات الإسلامية والقبطية – وقد دفع امام هذه المحكمة بأن القرار المطعون فيه يعتبر عملا من أعمال السيادة وقد رفضت المحكمـــة ذلـــك الدفع بحق وقالت فى حيثيات حكمها بهذا الخصوص ، ولا يغـــير من طبيعة هذا القرار- القرار ٤٩٢ لسنة ١٩٨١ – ويقبله من عمل إدارى إلى عمل من أعمال السيادة كونه صادرا من السيد رئيس الجمهورية بالاستناد إلى المادة ٧٤ من الدستور وآية ذلك أن الاستناد فى إصداره إلى تلـــك المـــادة لا يغـــير من طبيعته كقرار إدارى حتى ولو كان الباعث عليه سياســـيا لأن نظـــرية الباعـــث السياسى كمعيار للتمييز بين أعمال السيادة والأعمال الإدارية نظرية مهجورة وقد عدل عنها القضاء نهائياً» .

وقد أصدرت ذات الهيئة حكما فى الدعوى رقم ٣٦/١٩٢٧ قضائية بـــتاريخ ١٥ مارس ١٩٨٣ فى الطعن المرفوع من جمعية الكرمه القبطية طعـــنا فـــى القرار رقم ٤٩٢ لسنة ١٩٨١ وقالت المحكمة فى حيثيات هذه الحكـــم – وهو ما يتفق مع كل ما تقدم – «ولذلك فإن القرار المطعون فيه وقـــد صدر بتاريخ ١٩٨١/٩/٣ فى تاريخ لاحق على الأحداث المشار إليها وبعـــد الســـيطرة عليها يكون قد صدر فى وقت لم تكن الأمور فيه تستلزم صـــدوره حـــتى لـــو كان رئيس الجمهورية يخشى وقوع أحداث خطيرة فى

المستقبل ....» .

وهو ذات التسبيب الذي أخذت به المحكمة فى القضايا السابقة .

وسيمون من باب التكرار أن نعرض للأحكام الأخرى التى صدرت بالنسبة إلى جملة القرارات التى أصدرها رئيس الجمهورية فى سبتمبر ١٩٨١ استنادا إلى المادة ٧٤ من الدستور فقد أخذت كلها بذات السباب التى تدور حول عدم توافر أركان حالة الضرورة .

ونكرر أن هذه الحكام جميعا لم تعرض إلى قرار الرجوع إلى المادة ٧٤ من الدستور نفسه وإنما عرضت إلى القرارات التى استندت إلى هذا القرار .

ج - موقف القضاء الإدارى من الاستفتاء الذي جرى على هذه القرارات :

عرفت فرنسا «فى أعقاب الثورة الفرنسية بحسبانه تعبيرا مباشرا عن الإرادة الشعبية . وعرفته بعد ذلم سويسرا . وانتقلت وسيلة الاستفتاء بعد ذلك إلى كثير من الدساتير التى وضعت فى أعقاب الحرب العالمية الثانية .

وأختلف الفقه حول تكييف طبيعة الاستفتاء ومدى إلزامه(١). واستقر الرأى الغالب على أن «الاستفتاء التشريعى» أى الاستفتاء الذي يكون موضوعه قانون معين - ويكون دستور الدولة قد نص على الاستفتاء باعتباره احدى وسائل التشريع - هذا الاستفتاء التشريعى إذ يعبر عن الإدارة الشعبية يصبح ملزما . وعندما تعبر الإرادة الشعبية عن

---

(١) انظر فى موضوع الاستفتاء رسالة الدكتور جابر جاد الحق نصار «نظام الاستفتاء الشعبى - دراسة مقارنة» جامعة القاهرة ١٩٩٢ . مواضع متفرقة .

موافقـتها علـى قانونــه معين فى الاستفتاء يصبح ذلك القانون واحدا من قوانين الدولة وتكون له مرتبة القوانين بغير زيادة أو نقصان .

أمـا الاسـتفتاء السياسى فإنه يجرى حول قضايا أو سياسات عامه وتكـون الإجابـة عنده بكلمة لا أمرا ممكنا . مثل هذا الاستفتاء فى نتيجته إنمـا هو من قبيل الارشاد عن اتجاهات الرأى العام وإذا كان له تقدير من الناحية السياسية فإنه غير ملزم قانونا .

والأمـر علـى أى حال متروك لدستور الدولة ينظم الاستفتاء على النحو الذي يراه موافقا لمصلحة بلد من البلاد .

ولم يكن دستور سنة ١٩٢٣ يعرف ذلك النظام .

وجاء دساتير الثورة حتى الدستور الأخير تأخذ بنظام الاستفتاء .

دسـتور ١٩٧١ كمـا يبين من نصوصه يأخذ بالاستفتاء فى حالات معينة أهمها :

أ - الاستفتاء على شخص رئيس الجمهورية (م٧٦) .

ب- الاستفتاء المنصوص عليه فى المادة ٧٤ من الدستور .

ج- الاسـتفتاء المنصـوص علـيه . فى المادة ١٢٦ الخاصة بحل مجلس الشعب .

د - الاستفتاء على تعديل الدستور (المادة ١٨٩) .

والـذى يعنينا هنا هو الاستفتاء الخاص بالإجراءات التى تتخذ وفقا للمادة ٧٤ من الدستور .

وهذه الإجراءات هى «الإجراءات السريعة» التى أشارت إليها المادة والتى عرضنا لها من قبل .

وهــذه الإجــراءات قــد تأخذ صورة قانون من القوانين يقصد به مواجهة حالة الازمة ويعالج مرضا مؤقتا عارضا يزول بزواله .

وقــد تــأخذ هــذه الإجراءات صورة قرارات جمهورية لا تعدو فى طبيعتها أن تكون قرارات إدارية .

فــإذا أخــذ الإجــراء صورة «القانون» - كما حدث بالنسبة للقرار بقــانون رقم ٢لسنة ١٩٧٧ - فإن الطعن فيه يكون بعدم دستوريته إن كان لذلــك وجــه . وذلك على اعتبار أنه فى ظل العمل بالمادة ٧٤ من الدستور يمــارس رئــيس الجمهوريــة ســلطة تشــريعية فى الحدود التى سبق أن أوضحناها .

أما إذا كان الإجراء المتخذ فى صورة قرار جمهورى فهذا القرار لا يعــدو أن يكــون قــرارا إداريا ويكون الطعن فى مشروعيته أمام القضاء الإدارى .

وبالنســبة للمســألة الأولــى - القــانون - فقد أصدرت المحكمة الدســتورية العليا حكمين يتعلق أحدهما بحق القضاء الدستورى فى مراقبة حالة الضرورة ومدى توافرها ويتعلق الثاني بموضوع الاستفتاء .

وقــد قالــت المحكمة الدستورية فى حكمها الصادر فى القضية رقم ٢٨ لسنة ٢ قضائية دستوريته[١]:

«١ ، ٢ - أن نصــوص الدستور تمثل القواعد والأصول التى يقوم علــيها نظام الحكم فى الدولة ، ولها مقام انصدارة بين قواعد النظام العام الــتى يتعين التزامها ومراعاتها باعتبارها اسمى القواعد الآمرة وإهدار ما

(١) أحكام المحكمة الدستورية العليا - انجزء الثالث ص١٩٥ وما بعدها .

يخالفها من تشريعات . وهذه القواعد والأصول هى التى يرد إليها الأمر فى تحديد ما تتولاه السلطات العامة من وظائف أصلية وما تباشره كل منها من أعمـال أخـرى استثناء من الأصل العام الذي يقضى بانحصار نشاطها فى المحـال الذي يتفق مع طبيعة وظيفتها . وإذ كانت هذه الأعمال الاستثنائية قـد أوردهـا الدسـتور على سبيل الحصر والتحديد فلا يجوز لأى من تلك السـلطات أن تـتعداها إلى غيرها أو تجور على الضوابط والقيود المحددة لهـا، فيشـكل عملهـا حينئذ مخالفة دستورية تخضع – متى انصبت على قـانون أو لائحـة – للرقابة القضائية التى عهد بها الدستور إلى المحكمة الدسـتورية العليا دون غيرها ، بغية الحفاظ على مبادئه ، وصون أحكامه من الخروج عليها .

٣ ، ٤ – أن من القوانين عمل تشريعى تختص به الهيئة التشريعية الـتى تتمـثل فى مجلس الشعب طبقا للمادة ٨٦ من الدستور . والأصل أن تـتولى هذه الهيئة بنفسها سلطة التشريع على مقتضى القواعد المقررة فى الدسـتور ، إلا أنـه نظرا لما قد يطرأ فى غيبة مجلس الشعب من ظروف توجـب سـرعة مواجهـتها بتدابير لا تحتمل التأخير ، فقد أجاز الدستور لرئـيس الجمهوريـة فى تلك الحالات أن يصدر فى شأنها قرارات لها قوة القـانون . وقـد حـرص المشـرع الدستورى على أن يضع لهذه السلطة الاسـتثنائية فـى التشريع من الضوابط والقيود ما يكفل عدم تحولها – إلى ممارسـة تشـريعية مطلقـة ، موفقا لذلك بين مقتضيات مبدأ الفصل بين السـلطات وضمان مباشرة كل منها للمهام المنوطة بها ، وبين الاعتبارات العملـية الملحـة التى تتطلب تخويل رئيس الجمهورية رخصة التشريع – علـى سبيل الاستثناء – لمواجهة تلك الظروف الطارئة حال غياب المجلس

التشـريعى المخـتص أصـلا بذلك ، من أجل ذلك نص الدستور فى الفقرة الولـى مـن المادة ١٤٧ على أنه : « إذا حدث فى غيبة مجلس الشعب ما يوجب الإسراع فى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصـدر فـى شأنها قرارات تكون لها قوة القانون» وفى الفقرة الثانية على أنـه: «ويجـب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يومـا من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائما ، وتعرض فى أول اجتماع لـه فى حالة الحل أو وقف جلساته ، فإذا لم تعرض زال بأثر رجعى ما كان لهـا مـن قوة القانون دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك . وإذا عرضت ولم يقـرها المجلـس زال بأثـر رجعى ما كان لها من قوة القانون إلا إذا رأى المجلـس اعـتماد نفاذها فى الفقرة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثرها بوجه أخر» .

٥- أن الدستور وإن جعل لرئيس الجمهورية اختصاصا فى إصدار قـرارات تكـون لها قوة القانون فى غيبة مجلس الشعب إلا أنه رسم لهذا الاختصـاص حـدودا ضـيقة تفرضها طبيعته الاستثنائية ، منها ما يتعلق بشـروط ممارسـته ومنها ما يتصل بمآل ما قد يصدر من قرارات استنادا إلـيه. فأوجـب لأعمال رخصة التشريع الاستثنائية أن يكون مجلس الشعب غائـبا وأن تتهـيا خلال هذه الغيبة ظروف تتوافر بها حالة تسوغ لرئيس الجمهوريـة سـرعة مواجهـتها بتدابير لا تحتمل التأخير إلى حين انعقاد مجلـس الشـعب باعتـبار أن تلـك الظروف هى مناط هذه الرخصة وعلة تقديـرها . وإذ كـان الدسـتور يتطلـب هذيـن الشـرطين لممارسة ذلك الاختصـاص التشـريعى الاستثنائى ، فإن رقابة المحكمة الدستورية العليا تمـتد إلـيها للـتحقق من قيامهما ، باعتبارهما من الضوابط المقررة فى

الدستور لممارسة ما نص عليه من سلطات ، شأنهما فى ذلك شأن الشروط الأخــرى الــتى حددتها المادة ١٤٧ ومن بينهما ضرورة عرض القرارات الصــادرة اســتنادا إلــيها على مجلس الشعب للنظر فى إقرارها أو علاج أثارها.

٦- أن الأســباب الــتى استندت إليها الحكومة فى التعجيل بإصدار القــرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ فى غيبة مجلس الشعب ، تتمثل فيما أوردتــه مذكرته الإيضاحية من «أن القانونين رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ورقم ٢٥ لســنة ١٩٢٩ الخاصين ببعض أحكام الأحوال الشخصية قد مضى على صــدورها قــرابة خمســين عاما طرأ فيها على المجتمع كثير من التغيير المــادى والأدبى التى انعكست آثارها على العلاقات الاجتماعية الأمر الذي حما القضاة عبئا كبيرا فى تخريج أحكام الحوادث التى تعرض عليهم ، وقد كشــف ذلك عن قصور فى بعض أحكام القوانين القائمة مما دعا إلى البحث عن أحكام الأحوال التى استحدث فى حياة المجتمع المصرى وذلك فى نطاق نصــوص الشــريعة دون مصــادرة أى حــق مقــرر بدليل قطعى لأى فرد مــن أفــراد الأسرة بل الهدف من المشروع هو تنظيم استعمال بعض هذه الحقوق ...» .

لمــا كــان ذلــك ، وكانت الأسباب سالفة البيان . وحاصلها مجرد الرغبة فى تعديل قوانين الأحوال الشخصية بعد أن طال المد على العمل بها رغــم مــا اســتجد من تغييرات فى نواحى المجتمع وإن جاز أن تندرج فى مجال البواعث والأهداف التى تدعو سلطة التشريع الأصلية إلى سن قواعد قانونــية جديدة أو استكمال ما يشوب التشريعات القائمة من قصور تحقيقا لاصــلاح مرتجى إلا أنه لا تتحقق بها الضوابط المقررة فى الفقرة الأولى

من المادة ١٤٧ من الدستور . ذلك أن تلك الأسباب - تفيد أنه لم يطرأ - خلال غيبة مجلس الشعب - ظرف معين يمكن أن تتوافر معه تلك الحالة التى تحل بها رخصة التشريع الاستثنائية التى خولها الدستور لرئيس الجمهورية بمقتضى المادة ١٤٧ المشار إليها ومن ثم فإن القرار بالقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ - إذ صدر استنادا إلى هذه المادة ، وعلى خلاف الأوضاع المقررة فيها يكون مشوبا بمخالفة الدستور .

٧- إن تقدير الضرورة الداعية لإصدار القرارات بقوانين عملا بالمادة ١٤٧ من الدستور متروك لرئيس الجمهورية تحت رقابة مجلس الشعب باعتبار ذلك من عناصر السياسة التشريعية التى لا تمتد إليها رقابة الدستورية ، ذلك أنه وإن كان لرئيس الجمهورية سلطة التشريع الاستثنائية طبقا للمادة المشار إليها وفق ما تمليه المخاطر المترتبة على قيام ظروف طارئة تستوجب سرعة المواجهة وذلك تحت رقابة مجلس الشعب ، إلا أن ذلك لا يعنى إطلاق هذه السلطة فى إصدار قرارات بقوانين دون التقيد بالحدود والضوابط التى نص عليها الدستور والتى سبق أن استظهرتها المحكمة ومن بينها اشتراط أن يطرأ - فى غيبة مجلس الشعب - ظرف من شأنه توفر الحالة الداعية لاستعمال رخصة التشريع الاستثنائية وهو ما لم تكن له قائمة بالنسبة للقرار بقانون المطعون عليه الأمر الذي يحتم إخضاعه لما تتولاه هذه المحكمة من رقابة دستورية .

٨- إقرار مجلس الشعب القرار بقانون المطعون عليه لا يترتب عليه سوى مجرد استمرار نفاذه بوصفه الذي نشأ عنه كقرار بقانون دون تطهيره من العوار الدستورى الذي لازم صدوره . كما أنه ليس من شأن هذا الإقرار فى ذاته أن ينقلب به القرار بقانون المذكور إلى عمل تشريعى

جديــد يدخــل فـــى زمـــرة القوانين التى يتعين أن يتبع فى كيفية اقتراحها والموافقـــة علـــيها وإصدارها القواعد والإجراءات التى حددها الدستور فى هذا الصدد وإلا ترتب على مخالفتها عدم دستورية القانون .

والـــذى يبيـــن مـــن مـــراجعة هـــذا الحكم أنه انتهى إلى أن تقدير الضـــرورة الداعـــية لإصـــدار قـــرارات بقوانيـــن هو أمر متروك لرئيس الجمهورية تحت رقابة سلطة التشريع ممثلة فى مجلس الشعب ولكن ذلك لا يعنى إطلاق سلطة رئيس الجمهورية وجلس الشعب إصدار قرارات بقوانين مـــن الرئـــيس والموافقة عليها من المجلس التشريعى دون التقيد بالحدود والضـــوابط الـــتى نـــص علـــيها الدستور فإذا لم تتوافر الضرورة الملجئة خضـــعت تلـــك القـــرارات بقوانين لما تتولاه المحكمة الدستورية العليا من رقابة دستورية .

وهكـــذا يبين بوضوح أن المحكمة الدستورية العليا أقرت بحقها فى مراقبة مدى توافر «حالة الضرورة» من عدم توافرها هذا عن الحكم الأول.

أمـــا الحكـــم الثانـــي فإنه يتصل بطبيعة الاستفتاء ومدى أثره على التشريع المستفتى عليه .

وفـــى هذا الصدد تقول المحكمة الدستورية العليا فى حكمها الصادر فى القضية رقم ٥٦ لسنة ٦ قضائية دستورية(١):

أن الحكومـــة دفعت بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى تأسيسا على أن الـــنص التشـــريعى المطعون عليه صدر بعد استفتاء شعبى تم غعمالا لنص

---

(١) أنظـــر الجـــزء الثالـــث مـــن مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ص٣٥٣ وما بعدها .

المادة ١٥٢ من الدستور ، مستهدفا تأمين سلامة الدولة ونظامها السياسى وتحقيق مصلحتها السياسية فى حماية الجبهة الداخلية والسلام الاجتماعى ومن ثم يعتبر من الأعمال السياسية التى تنحصر عنها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح .

وحيث أن هذا الدفع مردود بان ما نصت عليه المادة ١٥٢ من الدستور من أن «لرئيس الجمهورية أن يستفتى الشعب فى المسائل الهامة التى تتصل بمصالح البلاد العليا» و لا يخرج عن أن يكون ترخيصا لرئيس الجمهورية بعرض المسائل التى يقدر أهميتها واتصالها بالمصالح القومية الحيوية على هيئة الناخبين لاستطلاع رأيها فيها من الناحية السياسية ، ومن ثم لا يجوز أن يتخذ هذا الاستفتاء – الذي رخص به الدستور وحددت طبيعته والغرض منه – ذريعة إلى إهدار أحكامه أو مخالفتها كما أن الموافقة الشعبية على مبادئ معينة طرحت فى الاستفتاء ، لا ترقى بهذه المبادئ إلى مرتبة النصوص الدستورية التى لا يجوز تعديلها إلا وفقا للإجراءات الخاصة المنصوص عليها فى المادة ١٨٩ من الدستور ، وبالتالى لا تصحح هذه الموافقة ما قد يشوب النصوص التشريعية المقننة لتلك المبادئ من عيب مخالفة الدستور . وإنما تظل هذه النصوص على طبيعتها كعمل تشريعى أدنى مرتبة من الدستور . فتتقيد بأحكامه ، وتخضع بالتالى لما تتولاه هذه المحكمة من رقابة دستورية . هذا فضلا عن أن النص التشريعى المطعون عليه ، قد صدر فى شأن يتعلق بحق فئة من المواطنين فى مباشرة الحقوق السياسية التى كفلها الدستور ، والتى ينبغى على سلطة التشريع ألا تنال منها وإلا وقع عملها مخالفا الدستور ومن ثم لا يكون ذلك النص قد تناول مسائل سياسية تنأى عن الرقابة الدستورية

على نحو ما ذهبت إليه الحكومة ، ويكون الدفع المبدى فيها بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى – برمته – على غير أساس متعينا رفضه .

٢- الدستور إذ نص فى مادته الخامسة على تعدد الاحزاب كأساس للنظام السياسى فى جمهورية مصر العربية ، جعل هذا التعدد غير مقيد إلا بالتزام الأحزاب جميعها – سواء عند تكوينها أو فى مجال ممارستها لعملها – بالمقومات والمبادئ الأساسية للمجتمع المصرى المنصوص عليها فى الدستور وهو ما لا يعنى أكثر من تقيد الأحزاب كتنظيمات سياسية تعمل فى ظل الدستور – بمراعاة الأحكام المنصوص عليها فيه ، فإن الدستور إذ تطلب تعدد الأحزاب ليقوم على أساساه النظام السياسى فى الدولة ، يكون قد كفل بالضرورة حرية تكوينها فى الإطار الذي رسمه لها ، بما يستتبع حتما ضمان حق الانضمام إليها ، ذلك أنه من خلال ممارسة هذا الحق ، وبه أساسا ، يتشكل البنيان الطبيعى للحزب وتتأكد شرعية وجوده فى واقع الحياة السياسية ، وبالتالى فإن للحرمان منه يشكل اعتداء على حق كفله الدستور .

٣- أن المادة ٦٢ من الدستور . التى وردت فى الباب الثالث منه الخاص بالحريات والحقوق والواجبات العامة تنص على أن : «للمواطن حق الانتخاب والترشيح وإبداء الرأى فى الاستفتاء وفقا لأحكام القانون ، ومساهمته فى الحياة العامة واجب وطنى» ومؤدى ذلك أن الحقوق السياسية المنصوص عليها فى هذه المادة ، اعتبرها الدستور من الحقوق العامة التى حرص على كفالتها وتمكين المواطنين من ممارستها ، لضمان إسهامهم فى اختيار قياداتهم وممثليهم فى إدارة دفه الحكم ورعاية مصالح الجماعة ، ولم يقف الدستور عند مجرد ضمان حق كل مواطن فى ممارسة

تلـك الحقـوق وإنما جاوز ذلك إلى اعتبار مساهمته في الحياة العامة عن طـريق ممارسـته لهـا واجبا وطنيا يتعين عليه القيام به فى أكثر مجالات الحـياة أهمية لاتصالها بالسيادة الشعبية ، ومن ثم فإن إهدار تلك الحقوق يعد بدوره مخالفة لأحكام الدستور ممثلة فى المادة ٦٢ منه .

٤- لمـا كـان مقتضـى نص الفقرة الأولى من المادة الرابعة من القـانون رقـم ٣٣ لسـنة ١٩٧٨ بشـأن حماية الجبهة الداخلية والسلام الاجتماعى حسما يبين من عبارتها المطلقة ، حرمان فئة من المواطنين من حقهـم فـى الانتماء إلى الأحزاب السياسية ومن مباشرة الحقوق والأنشطة السياسية كافة حرمانا مطلقا ومؤبدا بما ينطوى على إهدار لأصل الحقوق ، يشـكل بالـتالى اعـتداء عليها بالمخالفة لحكم كل من المادتين ٥ ٦٢ من الدستور .

٥- الأصـل فـى سـلطة التشـريع عند تنظيم الحقوق إنها سلطة تقديـرية ، وأن الـرقابة علـى دسـتورية التشريعات لا تمتد إلى ملاءمة إصـدارها ، إلا أن هـذا لا يعنى إطلاق هذه السلطة فى سن القوانين دون التقـيد بـالحدود والضوابط التى تنص عليها الدستور ، ومن ثم فإن تنظيم المشـرع لحق المواطنين فى الانتماء إلى الأحزاب السياسية ، ومباشرتهم لحقوقهـم السياسـية ، ينبغى إلا يعصف بهذه الحقوق أو يؤثر على بقائها علـى نحـو ما سلكه النص المطعون عليه ، إذ تعرض لحقوق عامة كفلها الدسـتور ، وحـرم فـئة من المواطنين منها حرمان مطلقا ومؤبدا على ما سـلف بـيانه محـاورا بذلـك دائرة تنظيم تلك الحقوق ، الأمر الذي يحتم إخضاعه لما تتولاه هذه المحكمة من رقابة دستورية .

ويبين من مراجعة هذا الحكم أن المحكمة الدستورية العليا قد قطعت

بالطبـيعة السياسـية للاستفتاء رغم أنه يتم على «تشريع» إذ وصفت ذلك الاسـتفتاء بأنـه لا يخرج عن أن يكون ترخيصا لرئيس الجمهورية بعرض المسـائل التى يقدر أهميتها واتصالها بالمصالح القومية العليا -استنادا إلى نـص المادة ١٢٥ من الدستور - على هيئة الناخبين لاستطلاع رأيها فيها مـن الناحية السياسية ومن ثم لا يجوز أن يتخذ هذا الاستفتاء الذي رخص به الدستور وحدد طبيعته والغرض منه ذريعة لاهدار أحكامه أو مخالفتها .

وإذا كـان هذا هو موقف القضاء الدستورى من هذا الموضوع فما هو موقف القضاء الإدارى ؟

نسـتطيع أن نقول أن القضاء الإدارى عندنا كان أسبق تاريخيا فى تقرير ذات المبدأ قبل أن تقرره المحكمة الدستورية العليا فى حكمها المشار إلـيه والصـادر بتاريخ ٢١ يونيه ١٩٨٦ . ذلك أن القضاء الإدارى عندما طعـن أمامه فى القرارات الصادرة استنادا إلى المادة ٧٤ من الدستور فى سـبتمبر ١٩٨١ - وهى القرارات التى أشرنا إليها من قبل - كان واضحا قاطعـا فى أن الاستفتاء على هذه القرارات لا يغير من طبيعتها الإدارية أو من مشروعيتها لأن الاستفتاء ليس إلا قرار بالموافقة أو عدم الموافقة على القـرار مـن حيث ملاءمته وليس من شأنه تطهير القرار من العيوب التى يكون مشوبا بها أو تغيير طبيعته القانونية[١].

وعلى هذا جرت أحكام مجلس الدولة بغير خلاف

---

(١) انظـر حكـم محكمة القضاء الإدارى الصادر فى الدعوى رقم ٢٥٩٦ لسنة ٣٦ق الصادر بتاريخ ١٩٨٣/٧/٥ فى خصوص قرار رئيس الجمهورية رقم ٤٩٢ لسنة ١٩٨١ الصادر استنادا إلى المادة ٧٤ من الدستور .

وكــان رئــيس الجمهورية قد ذهب فى خطاب له وجهه إلى مجلس الشــعب ومجلس الوزراء ومجلس القضاء الأعلى فى ٧ نوفمبر ١٩٧٩ فى شــأن الاســتفتاء الــذي جرى فى ١٩ إبريل ١٩٧٩ وفى ختابه أيضا فى مجلــس الشعب بتاريخ ١٤ مايو ١٩٨٠ ذهب رئيس الجمهورية فى هذين الخطابيــن إلى أن «إرادة الشعب المتمثلة فى موافقته على مواد الاستفتاء هــى إرادة ملزمة تفوق فى إلزامها كل الوسائل التشريعية الأخرى ... وأن على جميع السلطات أن تلتزم بإرادة الشعب[1].

وواضح أن هذين الخطابين جاءا قبل أحداث سبتمبر ١٩٨١ وانهما كانــا أمــام قضــائنا الإدارى عندما أصدر أحكامه على خلاف ما ذهب إليه رئيس الجمهورية .

وبهــذا نكــون قد انتهينا من هذه الدراسة - التى نعلم ما فيها من جوانــب القصــور - والتى عرضت لتأصيل نظرية الضرورة وأشارت إلى موقــف الفقــه مــنها بين مؤيد ومعارض . ثم عرجت إلى موقف التشريع وركــزت أساسا على التجربة الفرنسية المتمثلة فى المادة السادسة عشرة مــن دســتور ١٩٥٨ ثــم الــتجربة المصــرية المتمثلة فى المادة الرابعة والسبعين من دستور ١٩٧١ .

وعالجت الدراسة بعد ذلك موقف القضاء الانجلو سكونى الذي يأخذ فى جملته موقفا رافضا للاعتداد بنظرية الضرورة وما يراد أن يترتب عليها من مشروعية استثنائية .

---

(٢) انظر كتاب محمد عبد السلام الزيات : قراءات وخواطر فى الدستور الدائم ١٩٧١ - مصر إلى أين - سابق الأشارة إليه ص٢٤٦ .

وبعــد ذلك عرضت الدراسة للقضاء الفرنسى والقضاء السويسرى وكلاهما يعتد بحالة الضرورة ويرتب عليها أثرها القانونية .

وأخــيرا عرضـــنا موقــف القضاء المصرى ورأينا أن هذا القضاء الشامخ – سواء القضاء الدستورى أو القضاء العادى أو القضاء الإدارى – قــد اعــتد بــنظرية الضــرورة ورتب على وجودها نوعا من المشروعية الاستثنائية لكنه فى نفس الوقت راقب مدى توافر أركان الضرورة ولم يترك الأمــر لمحــض تقديــر السلطة التنفيذية ووصل عن طريق ذلك إلى حماية المشروعية وسيادة القانون وحريات المواطنين .

وجديــر بالذكــر وبعــد صــدور أحكام محكمة القضاء الإدارى فى خصوص القرارات الصادرة من رئيس الجمهورية بناء على المادة ٧٤ من الدستور وبعد مضى فترة طويلة من الزمن وبعد تنفيذ أحكام محكمة القضاء الإدارى ذهــب المحكمـــة الإداريـــة العليا إلى عدم اختصاص محاكم مجلس الدولة بنظر الطعون على القرارات الإدارية التى تصدر طبقاً للمادة ٧٤ من الدستور واختصاص محكمة القيم بنظر هذه الطعون .

(حكـــم المحكمـــة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٧٤٤ لسنة ٢٨ من جلســـة ١٩٩٣/١١/٧ والطعـــن رقم ٣٢٥٠ لسنة ٣١ جلسة ١٩٩٤/١/٩ والطعن رقم ٨١ لسنة ٢٩ جلسة ١٩٩٤/٢/٢٧) .

إلا أن المحكمـــة الدستورية العليا فى حكم حديث جداً لها ذهبت إلى القـــرار الجمهـــورى بقانون رقم ١٥٤ لسنة ١٩٨١ بإضافة بند جديد إلى المادة ٣٤ من قانون حماية القيم من العيب الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠ المتضـــمن إختصـــاص محكمـــة القـــيم بالفصل فى التظلمات من الإجـــراءات التى تتخذ وفقا للمادة ٧٤ من الدستور هو نص غير دستورى

حيث لا تتوافر الضرورة الملجئة لصدور قرار جمهورى بقانون فى غيبة مجلس الشعب .

(حكم المحكمة الدستورية العليا القضية رقم ١٥ لسنة ١٨ بجلسة ١٩٩٩/١/٢)

وتنفيذا لهذا الحكم انتهت المحكمة الإدارية العليا إلى اختصاص القضاء الإدارى بنظر الطعون على هذه القرارات وانتهت إلى أن قرار رئيس الجمهورية الذي استند لهذه المادة والذى تضمن إلغاء قرار تراخيص الصحف والمجلات والتحفظ عليها وعلى أدواتها هو قرار غير مشروع لأنه لم تتوافر من شروط الاستعانة بهذه المادة حيث يظهر وجه الخطر المدعى به لاستخدام هذه المادة وانتهت إلى وقف تنفيذ القرار المطعون فيه .

(الطعن رقم ٧٩٤٣ لسنة ٤٦ من جلسة ٢٠٠٤/٣/٢٧) .

وهو ولبيان اتجاه المحكمة الدستورية العليا فى هذا الصدد نبين أولاً : تحديد الطبيعة القانونية للقرارات الصادرة بناء على المادة ٧٤ . وثانياً : رقابة المحكمة على مدى توافر حالة الضرورة .

أولاً : المحكمة الدستورية العليا تحدد طبيعة الإجراءات المتخذة طبقاً للمادة (٧٤) بأنها إجراءات إدارية تخضع للرقابة القضائية :

ففى حكمها الصادر فى ٧ مارس ١٩٩٢ بمناسبة نظرها لطلب الفصل فى تنازع الاختصاص الإيجابى بين محكمة القضاء الإدارى ، ومحكمة القيم حول نظر التظلمات المقدمة فى الإجراءات المتخذة استناداً إلى المادة ٧٤ – فى هذا الحكم قطعت المحكمة فى شأن تحديد الطبيعة

القانونية لهذه الإجراءات ، حيث قضت بما يلى :

«... وحيث أن المادة ٧٤ من الدستور تخول رئيس الجمهورية إذا قـام خطر يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن أو يعوق مؤسسات الدولة عـن أداء دورهـا الدستورى ، أن يتخذ الإجراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر ، وأن يوجه بشأنها بياناً إلى الشعب ، وإجراء الاستفتاء عليها خلال ستين يوماً من اتخاذها .

وحيـث أنه إعمالاً لهذا النص أصدر رئيس الجمهورية القرار رقم ٤٩٢ لسـنة ١٩٨١ بحل عدد من الجمعيات المشهرة وفقاً لأحكام القانون رقـم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة ، ومن بينها جمعية أنصار السنة المحمدية فرع سوهاج .

وحيـث أن قـرار رئيس الجمهورية بحل الجمعية موضوع النزاع المـاثل – محدداً على ضوء المجال الذي يعمل فيه ، وبالنظر إلى مضمونه وطبيعـته الذاتـية لا يعدو أن يكون قراراً إدارياً شأنه فى ذلك شأن القرار الـذي يصدر عن وزير الشئون الاجتماعية بحل الجمعيات الخاضعة لأحكام القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ إعمالاً لنص المادة ٥٧ منه إذا ثبت ارتكابها لمخالفـة جسيمة للقانون أو خروجها على النظام العام والآداب ، فالقراران كلاهمـا يتوخـيان إنهـاء الوجود القانونى للجمعية لخروجها على القانون بمعـناه العـام، وكلاهمـا يـتمخض عن إرادة ملزمة مصدرها النصوص القانونـية ، ويراد بالإفصاح عنها إحداث مركز قانونى معين يعتبر فى ذاته ممكناً وجائزاً قانوناً ، ، والباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة مثلما هو الشأن فـى القـرارات الإدارية جميعها . ولا يحول الاستفتاء الشعبى دون الطعن علـى هـذا القرار أو تطهيره من العيوب التى شابته ، ليس من شأن هذا

الاســتفتاء أن يــرد قراراً معدوماً إلى الحياة ، ولا إسباغ الصحة على قرار ولد باطلاً ، ولا أن يغير من طبيعته فيلحقه بأعمال السيادة ، ذلك أن العبرة فى تحديد التكييف القانونى لأى عمل تجريه السلطة التنفيذية لمعرفة ما إذا كان عملاً إدارياً أم من أعمال السيادة هى بطبيعة العمل ذاته .

(حكمهــا فــى القضية رقم ١٤ لسنة ٨ من تنازع مجموعة أحكام المحكمة الدستورية جــ٥ جــ١ ص٤٢٢) .

وفــى هــذا الحكم يتضح أن المحكمة الدستورية العليا وإن أمسكت عن أن تبسط رقابتها على الظروف والوقائع التى شكلت حالة الضرورة إلا أنهــا خلصــت إلى اعتبار القرارات التى تصدر بناء على تطبيق المادة ٧٤ تعتــبر قرارات إدارية تخضع للرقابة القضائية ومن ثم فإنها لا تعتبر أعمال سيادة .

ثانـياً : المحكمـة الدسـتورية العلـيا والرقابة على مدى توافر حالة الضرورة وفقاً المادة (٧٤) :

وبصــدد تحديد دور القضاء الدستورى فى الرقابة على مدى توافر حالة الضرورة أصدرت حكمها بتاريخ ٢ يناير سنة ١٩٩٩ قضت المحكمة بما يلى:

«... وإذا كــان الدســتور قد نص فى المادة ٦٥ منه على خضوع الدولــة للقانون ، دالاً بذلك على أن الدولة القانونية هى التى تتقيد فى كافة مظاهر نشاطها – وأيا كانت طبيعة سلطاتها – بقواعد قانونية تعلو عليها ، وتكون بذاتها ضابطاً لإعمالها وتصرفاتها فى أشكالها المختلفة ، باعتبار أن ممارســة الســلطة لــم تعــد امتيازاً شخصياً لأحد ولكنها تباشر نيابة عن

الجماعة ولصالحها ، ومن ثم فقد أضحى مبدأ خضوع الدولة للقانون مقترناً بمبدأ مشروعية السلطة هو الأساس الذي تقوم عليه الدولة القانونية، متى كـان ذلـك ، وكـان الدسـتور يؤكـد فى المادة ٧٣ منه مسئولية رئيس الجمهوريــة عــن احــترام الدســتور وسيادة القانون ورعاية الحدود بين السـلطات فإنه إذا ما قرر ملاءمة إصدار قانون لمواجهة أحد الأخطار التى أشارت إليها المادة ٧٤ من الدستور فإن هذه السلطة تكون مقيدة بالضوابط المقــررة لممارسة هذا الاختصاص التشريعى الاستثنائى وأخصها تلك التى تضــمنتها المــادة ١٤٧ مــن الدستور ، ذلك أن ما تقرره المادة ٧٤ من سلطات لرئيس الجمهورية المشار إليها فيها ، لا يعنى الترخيص فى تجاوز الضــوابط والخروج على القيود التى تضمنتها مبادئ الدستور الأخرى وفى مقدمــتها ألا تمارس السلطة التنفيذية شيئاً من الوظيفة التشريعية إلا على سبيل الاستثناء وفى الحدود الضيقة التى أجاز فيها الدستور ذلك فى المادة ١٤٧ منه .

لمـا كـان ذلك ، وكان السبب الذي حدا برئيس الجمهورية لإصدار القرار بقانون رقم ١٥٤ لسنة ١٩٨١ بإضافة بند جديد إلى المادة ٣٤ من قـانون حماية العيب الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠ لا يشكل بذاته حالـة ضـرورة تدعـو رئـيس الجمهورية إلى مباشرة سلطته التشريعية الاسـتثنائية المقـرر بالمادة ١٤٧ من الدستور ، فإن هذا القرار وقد صدر اسـتناداً إلـى هذه المادة وعلى خلاف الأوضاع المقررة فيها يكون مشوباً بالمخالفة الدستورية...» [١].

---

(١) د. عبد المنعم المرجع السابق ص١٦٣ .

وبهذا الحكم فإن المحكمة الدستورية العليا قد أخضعت سلطة رئيس الجمهوريـــة فى تحديد الضرورة إلى رقابتها وبذلك تكون قد اكملت حلقات هذه الرقابة أعلاء للمشروعية وحماية لنصوص الدستور .

والله ولى التوفيق ،،،،،

الفهرس

الموضوع	الصفحة

القسم الأول
الأصول الفقهية لنظرية الضرورة

الباب الأول
الدراسة الفقهية لنظرية الضرورة

القسم الثانى

موقف التشريع من نظرية الضرورة

الباب الأول

مدى ملاءمة التنظيم الدستورى لحالة الضرورة

الباب الثانى

التنظيم الدستورى لحالة الضرورة فى فرنسا

الباب الثالث

التنظيم الدستورى لحالة الضرورة

فى دستور جمهورية مصر العربية

القسم الثالث

موقف القضاء من نظرية الضرورة